

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por el **FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO) REPRESENTADO POR LA SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. –SAE S.A.S.–**, como Convocante, contra la Sociedad **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**, como Convocada, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

I. ANTECEDENTES

1.1. El trámite.

1.1.1. Partes procesales.

Son partes del presente proceso:

1.1.1.1. Parte convocante:

La parte demandante, conformada por el **FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO)**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 1708 de 2014, es una cuenta especial sin personería jurídica, administrada por la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. sigla SAE S.A.S.**, sociedad constituida mediante escritura pública No. 204 del 6 de febrero de 2009 de la Notaría Sexta del Círculo de Pereira, identificada con NIT No. 900.265.408-3 y representada legalmente por el doctor ANDRÉS ALBERTO ÁVILA ÁVILA, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. e identificado con cédula de ciudadanía 91.532.274, o por quien haga sus veces como representante.

La parte convocante ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

En este Laudo se aludirá a esta parte, indistintamente, como la Parte Demandante o la Demandante, la Parte Convocante o la Convocante, el FRISCO o FRISCO-SAE o simplemente la SAE.

1.1.1.2. Parte convocada:

La parte demandada, **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**, es una sociedad legalmente constituida por escritura pública No. 4327 del 5 de junio de 2007 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá D.C., identificada con NIT No. 900.155.107-1 y representada legalmente por el señor CRISTIAN MARCELO

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

SIEGMUND GEBERT, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. e identificado con cédula de extranjería 428.765, o por quien haga sus veces como representante.

La parte convocada ha comparecido al presente proceso por medio de apoderada debidamente constituida, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

En este Laudo se aludirá a esta parte, indistintamente, como la Parte Demandada o la Demandada, la Parte Convocada o la Convocada o simplemente CENCOSUD.

1.1.2. El contrato.

El asunto sometido por las Partes a decisión de este Tribunal Arbitral emana del Contrato de Arrendamiento celebrado el 26 de octubre de 2007¹ -el Contrato- entre **CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S.** (antiguamente Constructora Llano Centro Ltda.) en calidad de arrendador y **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** (antiguamente Grandes Superficies de Colombia S.A.) en calidad de arrendatario, en el cual se pactó la solución de las controversias relativas al mismo mediante arbitraje, conforme a lo dispuesto en la cláusula décimo octava.

Según narra la demanda –ordinales décimo tercero y décimo cuarto del capítulo de “HECHOS”–, de conformidad con la decisión adoptada por la Fiscalía Segunda Delegada de la Unidad de Extinción de Dominio y Contra el Lavado de Activos, los bienes arrendados están entre los que, en el mes de julio de 2013, fueron dejados a disposición del administrador del **FRISCO**, en su momento la **DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES DNE** y luego, en virtud de lo establecido en el artículo 90 de la Ley 1708 de 2014, la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. (SAE)**, condición bajo la cual esta sociedad actúa en calidad de Demandante en el presente trámite arbitral.

1.1.3. La cláusula compromisoria.

Como fundamento de la sujeción al arbitraje contenida en el Contrato de Arrendamiento celebrado el 26 de octubre de 2007, se invocó como cláusula compromisoria:

“18.9. Ley aplicable y solución de conflictos:

18.9.1 El presente Contrato se regirá e interpretará conforme a las leyes de la República de Colombia.

18.9.2. Toda diferencia que surja entre las partes, que tenga relación con el presente Contrato, y que no pueda arreglarse amigablemente entre las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que la controversia hubiere sido planteada por escrito por una de ellas, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento designado por el

¹ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas 01. Aportadas con la Demanda. Folios 1 al 20.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo efectuado entre los árbitros allí inscritos. El Tribunal de Arbitramento se sujetará a lo dispuesto en la ley y funcionará, de acuerdo con las siguientes reglas:

- (a) Estará integrado por tres (3) árbitros, quienes serán abogados titulados y en ejercicio, y que decidirán en derecho.*
- (b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- (c) Funcionará en la ciudad de Bogotá, D.C. en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio.*
- (d) La decisión de los árbitros será definitiva y obligatoria para las partes.²*

1.1.4. La convocatoria del Tribunal.

Con fundamento en la cláusula compromisoria precedente, **FRISCO - SAE** presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, contra **CENCOSUD**, el dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)³.

1.1.5. La integración del Tribunal.

En cumplimiento de la cláusula compromisoria que sustenta el presente trámite arbitral, el día veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020) se llevó a cabo sorteo público de árbitros, al cual se convocó a las partes y sus apoderados, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Como resultado del sorteo, fueron designados en calidad de árbitros principales los doctores **JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ, MAURICIO RICARDO CHAVES FARIAS** y **HERNANDO OTERO GARZÓN**⁴.

El Centro comunicó el nombramiento a los árbitros, quienes dentro del término legal aceptaron el encargo, y una vez surtidos los trámites del deber de información previstos en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, sin estar los árbitros inmersos en causales de impedimento o recusación, el Centro convocó a los árbitros, las partes y sus apoderados, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a la realización de la Audiencia de Instalación⁵.

1.1.6. Instalación.

El Tribunal Arbitral se instaló el día veinticuatro (24) de agosto del dos mil veinte (2020), mediante audiencia virtual realizada por medio del Sistema de Videoconferencias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de

² Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas 01. Aportadas con la Demanda. Folios 18 y 19.

³ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Demanda inicial.

⁴ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Etapa 01 Designaciones de Árbitros y Etapa 02 Notificaciones árbitros.

⁵ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Etapa 03 Instalación, folios 30 y 31.

Comercio de Bogotá; en la audiencia fue designada como secretaria la doctora **VERÓNICA ROMERO CHACÍN**, quien aceptó el encargo el día veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020). Cumplidos los deberes correspondientes al artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, se posesionó ante el Tribunal el día ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020), tal como quedó consignado en el Acta No. 2⁶.

1.1.7. Admisión de la demanda.

La demanda fue inadmitida por Auto No. 2 de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020), y subsanada dentro del término legal el día veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020).

Mediante Auto No. 3 del ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020), el Tribunal admitió la demanda arbitral y ordenó su traslado a la Demandada y al Ministerio Público⁷.

Dichas notificaciones fueron surtidas el día nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020), por los medios electrónicos autorizados en la Ley.

1.1.8. Contestación de la demanda, objeción al juramento estimatorio, excepciones y traslado de las mismas.

El siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020), encontrándose dentro del término legal, la apoderada de la parte Convocada remitió escrito de contestación de la demanda, en el cual objetó el juramento estimatorio y presentó excepciones de mérito.

Mediante Auto No. 4 del trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020), el Tribunal corrió traslado del juramento estimatorio, teniendo en cuenta que de conformidad con el párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el traslado de las excepciones ya se encontraba en curso.

La parte Convocante, mediante memorial del quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020), se pronunció sobre las excepciones presentadas y el veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020) presentó escrito mediante el cual se pronunció respecto de la objeción al juramento estimatorio.

1.1.9. Reforma de la demanda.

El día treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020), fue presentado escrito de reforma de la demanda, y esta fue admitida por el Tribunal Arbitral mediante Auto No. 6 del tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020), en el cual se ordenó correr traslado de la misma a la Demandada y se notificó al Ministerio Público.

⁶ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Documentos Virtuales Instalación. Acta 2 Posesión Secretaria.

⁷ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Documentos Virtuales Instalación. Acta 3 Admisión de la demanda – Notificaciones.

1.1.10. Contestación reforma de la demanda objeción al juramento estimatorio, excepciones y traslado de las mismas.

La demanda reformada fue contestada por la Convocada el dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), encontrándose dentro del término legal. En la misma, la Demandada objetó el juramento estimatorio y propuso como excepciones de mérito las siguientes:

1. Falta de legitimación en la causa.
2. Inexistencia de incumplimiento de CENCOSUD.
3. Inexistencia de cláusula penal a favor de la convocante.
4. Inexistencia de saldos a favor de SAE. Inexistencia de lucro cesante.

La parte Convocante se pronunció sobre la objeción al juramento estimatorio mediante memorial de fecha primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020). El traslado de las excepciones de mérito presentadas con la contestación de la demanda reformada venció en silencio.

1.1.11. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos del proceso.

Mediante Auto No. 10 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020), se declaró fracasada la audiencia de conciliación y, en consecuencia, el Tribunal fijó las sumas por concepto de gastos y honorarios, las cuales fueron canceladas por las partes, dentro del término legal dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

Conforme a lo anterior, mediante Auto No. 7 del dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), el Tribunal fijó fecha para la realización de la Primera Audiencia de Trámite, prevista para el veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021).

1.1.12. Primera Audiencia de Trámite.

La Primera Audiencia de Trámite se realizó el diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021). En dicha Audiencia, mediante Auto No. 15, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en la demanda. Y mediante Auto No. 16, decidió sobre las pruebas solicitadas.

1.1.13. Audiencias.

El Tribunal sesionó durante este proceso en diecinueve (19) audiencias, incluyendo la de lectura de la parte resolutive del Laudo.

1.1.14. El expediente.

El expediente se conforma en su totalidad por documentos digitales, los cuales están almacenados en la herramienta virtual denominada SIMASC utilizada por

el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para el manejo de los expedientes.

II. SÍNTESIS DEL PROCESO

2.1. La demanda.

Según se indicó en el capítulo de antecedentes, la demanda arbitral fue presentada virtualmente, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)⁸, siendo reformada el día treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)⁹.

2.1.1. Hechos.

En la misma, el apoderado de la parte Convocante realizó un relato detallado de los hechos en que fundamentó sus pretensiones los cuales obran a folios 3 a 8 del escrito de demanda, obrante en la Carpeta Digital, Cuaderno Principal.

2.1.2. Pretensiones.

Fueron planteadas pretensiones de carácter declarativo y de condena en el escrito de demanda, que obran a folio 2 y 3 de dicho escrito, las cuales, por solicitud del Tribunal, fueron precisadas en el escrito de subsanación, obrantes en los folios 8 y 9 del citado memorial. Dichos documentos se encuentran en la Carpeta Digital, del Cuaderno Principal del expediente Virtual.

2.1.3. Juramento estimatorio.

Respecto del juramento estimatorio, la Convocante dio cumplimiento a este requisito legal en el escrito de subsanación de la demanda, indicando: "(...), mediante el presente juramento se establece que el valor actual de los cánones impagos por CENCOSUD COLOMBIA S.A. al FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO asciende a la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL TREINTA PESOS MCTE (\$ 4.902'195.030)."

2.2. La contestación de la demanda.

Mediante escrito de fecha siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020), la apoderada de la parte Convocada remitió escrito de contestación de la demanda, en el cual se opuso a las pretensiones de la Convocante, objetó el juramento estimatorio y propuso excepciones de mérito.

⁸ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Demanda inicial.

⁹ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Documentos Virtuales Instalación. Reforma de la Demanda

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

La parte Convocante, mediante memorial del quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020), se pronunció sobre las excepciones de mérito presentadas por su contraparte, y el veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020) presentó escrito mediante el cual se pronunció respecto del juramento estimatorio solicitando que fueran tenidas como pruebas documentales las que al efecto identificó.

2.3. La demanda reformada.

Tal como se indicó en los antecedentes, la demanda fue reformada el día treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020).

2.3.1. Las pretensiones de la demanda reformada.

Por intermedio de su apoderado, la parte Convocante solicitó que se efectuaran las declaraciones y condenas relacionadas en la demanda reformada (Folios 208 a 210 del Cuaderno Principal No. 1) que a continuación se transcriben:

"1. Pretensiones:

Con base en los hechos que adelante se expondrán, y con fundamento en las razones de derecho que se precisarán en el respectivo acápite, pretendo mediante la presente acción las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

PRIMERA: Que se declare que **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** en calidad de arrendataria es civil y contractualmente responsable del incumplimiento del Contrato de Arrendamiento de fecha 26 de octubre de 2007, celebrado con **CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S.** (Antes de **Constructora Llano Centro Ltda.**) en calidad de arrendadora como consecuencia de la terminación injustificada y anticipada del negocio jurídico al darlo por terminado invocando el numeral 18.1.2. de la cláusula décima octava del contrato de arrendamiento y entregando el inmueble el día 25 de febrero de 2020.

SEGUNDA: Que en consecuencia de la anterior declaración se condene a **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** al **FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO)** representado, en virtud del artículo 90 de la Ley 17808 de 2014 por la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** la suma de **SIETE MIL NOVECIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$ 7.915'419.717)** por concepto de cláusula penal y lucro cesante resultante de los valores que se relacionan y especifican en el acápite del juramento estimatorio que se incluye dentro de esta demanda.

Suma de dinero que deberá ser calculada nuevamente para la fecha de ejecutoria del laudo arbitral que la imponga, reconociéndose los intereses

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

comerciales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando quede ejecutoriado el laudo que ponga fin al proceso arbitral.

TERCERA: Que sobre los montos de las condenas anteriores, se condene al pago de los intereses moratorios a la máxima tasa permitida y causados entre la ejecutoria del laudo arbitral y el pago efectivo de lo ordenado.

CUARTA: Que se condene a la convocada a pagar, en favor del convocante, las costas y expensas - incluidas las agencias en derecho- del presente proceso arbitral, de oponerse a las pretensiones de la demanda”.

2.3.2. Hechos planteados en la demanda reformada.

En la misma, el apoderado de la parte Convocante realizó un relato de los hechos en los que fundamentó sus pretensiones, manifestando lo siguiente:

“IV. HECHOS

PRIMERO: El día 26 de octubre de 2007 la **CONSTRUCTORA LLANO CENTRO LTDA.**, hoy Constructora Llano Centro S.A.S.) y **GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A.** (Hoy **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** y en adelante **CENCOSUD**) celebraron contrato de arrendamiento respecto de los bienes hoy identificados con los folios de matrícula 230 – 152224 y 230 – 152310 con el objetivo que allí se desarrollará el hipermercado de la marca Carrefour.

SEGUNDO: De acuerdo con la cláusula quinta del contrato, las partes acordaron una renta bajo los siguientes parámetros:

1. El arrendatario pagaría una renta semestral variable equivalente al 2.6 % de las ventas netas semestrales del hipermercado, entendiendo por estas, el resultado de las ventas brutas menos el impuesto a las ventas (IVA).
2. De las ventas netas, se excluía las derivadas de los locales comerciales que funcionaran al interior del hipermercado y que no constituyeran actividades de Carrefour.
3. A pesar de lo anterior, las partes acordaron una renta mínima mensual anticipado equivalente a **CIENTO TREINTA MILLONES DE PESOS (\$130'000.000.00)** que semestralmente ascendía a un total de **SETECIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$ 780'000.000.00)**.
4. La anterior renta mensual se ajustaría anualmente con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y al quinto año de ejecución, es decir, al mes 49, la renta mínima se ajustaría en un 10 %.

TERCERO: En virtud de lo pactado en el numeral 5.4., 5.5. y a la cláusula 11.3. para el pago de la renta, el arrendador debía enviar cuenta de cobro

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

o factura al arrendatario, quien debía realizar el pago dentro de los cinco días siguientes.

CUARTO: *De conformidad con el numeral octavo de la cláusula quinta y del numeral cuarto de la cláusula 11 del contrato, el incumplimiento en el pago de la renta de arrendamiento generaría intereses moratorios a la máxima tasa permitida en virtud del artículo 884 del Código de Comercio modificado por la Ley 590 de 1999.*

QUINTO: *Las partes acordaron que el arrendatario reconocería un total de **TREINTA MILLONES DE PESOS (\$ 30'000.000.00)** por concepto de expensas ordinarias de administración; suma de dinero que se ajustaría anualmente conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y en el evento que el arrendador incumpla con el pago de la expensa ordinaria de administración, el arrendatario estaría facultado a pagar directamente a la propiedad horizontal.*

SEXTO: *Las partes del contrato en el numeral primero de la cláusula décima segunda, acordaron que el término de duración del contrato de arrendamiento sería de 20 años contados a partir de la fecha de apertura al público del hipermercado y al cumplimiento de este término, si el arrendatario previamente no manifestaba con seis meses de anticipación la decisión de dar por terminado el contrato, se entenderá renovado por un periodo al inicialmente convenido.*

SÉPTIMO: *Las partes de manera libre y voluntaria en la cláusula décima sexta acordaron cláusula penal equivalente a 10 cánones mínimos por el incumplimiento de obligaciones diferentes a las dinerarias ante el retardo por tres meses de las obligaciones sin que haya sido subsanado en los 30 días calendario siguientes al requerimiento efectuado por la otra parte para el cumplimiento.*

OCTAVO: *En el numeral quinto de la cláusula décima segunda y en el numeral primero de la cláusula décima octava, las partes convinieron las siguientes causales de terminación del contrato:*

- 1. Causas contempladas en el contrato y en las leyes aplicables.*
- 2. El incumplimiento de cualquier obligación a cargo de las partes, siempre que el incumplimiento no hubiere sido subsanados dentro de los 120 días calendario siguientes al requerimiento de la parte cumplida.*
- 3. Terminación de la duración del contrato.*
- 4. La inclusión de las partes del contrato, sus accionistas o vinculados en el listado que administra el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América denominado OFAC.*
- 5. Por aviso de terminación 12 meses antes a la fecha efectiva en que se quiera terminar el contrato.*

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

NOVENO: Las partes del contrato, celebraron en total ocho modificaciones del contrato, celebrados en el siguiente orden respecto de las obligaciones consagradas en los numerales 5.7.2., 7.5.4., 4.1. y 10.3 del contrato originalmente pactado:

No. OTROSÍ	FECHA	CLÁUSULAS MODIFICADAS
1	28/12/2007	5.7.2; 5.7.4; 4.1.; 10.3
2	28/12/2007	4.1. y 5.7.4.
3	25/01/2008	4.1. y 5.7.4.
4	15/002/2008	4.1. y 5.7.4.
5	7/03/2008	4.1. y 5.7.4.
6	11/04/2008	5.7.4.
7	30/09/2009	5.7.4.2. y 10.12
8	28/11/2011	1.1.; 1.3.; 12.3 y 12.5; si incluyen cláusulas como la 20 y 21.

DÉCIMO: Las modificaciones realizadas al contrato entre los Otrosí No. 1 a 7 se circunscribieron a la fecha en que se debía realizar la apertura al público del hipermercado y la parte de la renta sujeta a la apertura de este.

DÉCIMO PRIMERO: En el Otrosí No. 8, las partes no sólo modificaron las cláusulas anteriormente indicadas, igualmente, adicionaron la cláusula vigésima, relacionada con la opción de compra que tendría el arrendatario respecto de los locales objeto del contrato; y la cláusula vigésima primera, relacionada con los aspectos relacionados con el SARLAFT.

DÉCIMO SEGUNDO: De conformidad con las modificaciones del contrato la apertura del hipermercado o establecimientos de comercio propiedad del arrendatario se efectuó el 18 de abril de 2008.

DÉCIMO TERCERO: La Fiscalía Segunda Delegada de la Unidad de Extinción de Dominio y Contra el Lavado de Activos dentro del radicado 10909 E.D. el día 24 de junio de 2013 ordenó las medidas cautelares de suspensión del poder dispositivo, embargo y secuestro de 190 inmuebles de propiedad de la sociedad **CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S.**, entre los que se encontraban los bienes objeto del contrato de arrendamiento.

DÉCIMO CUARTO: En virtud de la diligencia de secuestro llevada a cabo el dos de julio de 2013, la Fiscalía Segunda Delegada de la Unidad de Extinción de Dominio y Contra el Lavado de Activos los bienes fueron dejados a disposición del administrador del **FRISCO**, en su momento la **DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES** y hoy en virtud de lo establecido en el artículo 90 de la Ley 1708 de 2014 en cabeza de la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.**

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

DÉCIMO QUINTO: Como consecuencia de la medida cautelar que pesa sobre los bienes objeto del contrato de arrendamiento, **CENCOSUD** pagó el cuatro de marzo de 2020 a través de título judicial a favor del **FRISCO**, un total de **CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 4.628'210.990.00)** por los cánones de arrendamiento causados hasta diciembre de 2016 que para ese momento ascendía mensualmente a **CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS (\$ 192'286.162.00)** más IVA.

DÉCIMO SEXTO: Con base en condiciones sobrevinientes del mercado inmobiliario en la ciudad de Villavicencio, **CENCOSUD** se acercó a la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** con el objetivo de negociar una nueva renta.

DÉCIMO SÉPTIMO: A pesar del acercamiento, las partes, es decir, **CENCOSUD** en calidad de arrendataria, y el **FRISCO** representado por la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** en calidad de arrendadora, en momento alguno acordaron modificación alguna del contrato de arrendamiento.

DÉCIMO OCTAVO: En la asamblea ordinaria de propietarios del Centro Comercial Llanocentro P.H. del año 2017, fue aprobada expensa extraordinaria de administración que ascendía a un total de **CIENTO SIETE MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 107'088.590.00)** que debía pagarse en cinco mensualidades a partir de agosto de 2017 equivalente a **VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$ 21'417.718.00)**.

DÉCIMO NOVENO: El día 12 de junio de 2017, a pesar de que **CENCOSUD** no se encontraba al día en pago de la renta pactada en el contrato de arrendamiento desde el año 2016, presentó comunicación con radicado CE2017 – 012586 solicitando a la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** la terminación del contrato de arrendamiento respecto del local comercial identificado con FMI1 230 – 152310 e igualmente, ajustar el canon de arrendamiento del área restante objeto del contrato. Lo anterior, so pena de acudir a la facultad de terminación anticipada del contrato, en efecto manifestó en aquella oportunidad la arrendataria:

“Lo anterior, con el único propósito de no tener que acudir a la facultad de terminación anticipada expresamente consagrada en el contrato en cuestión y poder mantener nuestra operación en la ciudad de Villavicencio.”

DÉCIMO NOVENO: Posteriormente, el dos de mayo de 2019 a través de comunicación con radicado CE2019-011833, **CENCOSUD**, a pesar de

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

continuar en mora en el pago de la renta, solicitó a la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** el pago de la expensa extraordinaria de administración.

VIGÉSIMO: El día 18 de mayo de 2019 **CENCOSUD** a través de comunicación escrita con radicado CE2019- 013392 informó a la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** que, en virtud de los numerales 12.5.1. y 12.5.2. de la cláusula décima segunda del contrato daba por terminado el contrato de arrendamiento de manera unilateral para que se hiciera efectiva dentro de los 12 meses siguientes contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación; esto es, el 18 de mayo de 2020; fecha en la cual, entregaría los inmuebles.

VIGÉSIMO PRIMERO: En el mismo sentido, en aquella oportunidad, invocando el presunto incumplimiento en el pago de la expensa extraordinaria de administración por parte de la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S., CENCOSUD**, indico que, sin perjuicio de la facultad ejercida en virtud de la cláusula décima segunda, solicitaban el pago de estas dentro de los 120 días calendario al requerimiento so pena de anunciar desde ese momento la terminación del contrato por el incumplimiento en los términos del numeral 18.1.2 de la cláusula décima octava del contrato.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Adicionalmente, **CENCOSUD** indicó que el plazo de 120 días calendario vencía el 29 de agosto de 2019, sin tener en cuentas que el requerimiento en los términos del numeral 18.1.2. de la cláusula décima octava, se surtió el día 18 de mayo de 2020, conllevando a que el día 120 fuera realmente el 14 de septiembre de 2019.

VIGÉSIMO TERCERO: De la misma manera, a pesar de ser conscientes del incumplimiento del contrato por parte de **CENCOSUD**, quien no había pagado el canon desde el año 2016, expresaron como motivos de la terminación del contrato de arrendamiento, los siguientes:

'En atención al perjuicio generado, anunciamos que compensaremos el valor correspondiente al descuento dejado de percibir por su incumplimiento, equivalente a la suma de CINCUENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS (\$53'347.595), contra el valor de canon de arrendamiento que tenemos pendiente por pagar desde enero de 2017, a la espera de sus instrucciones y en especial de los cupones de pago desde tal fecha.

Los motivos que llevaron a la compañía que represento a terminar el contrato de arrendamiento son (i) el decrecimiento en las ventas de nuestro establecimiento de comercio, como consecuencia de la situación del estado del centro comercial en términos de ocupación

y mantenimiento, (ii) el elevado canon de arrendamiento frente a las ventas, (iii) el valor del canon, respecto del mercado actual de arrendamientos en la ciudad de Villavicencio (iv) el ingreso de nuevos competidores al mercado en la ciudad de Villavicencio, sin opciones de mejora de Llanocentro para contrarrestarlo, y por último, siendo éste el más relevante, (v) la falta de formalización de la reducción del canon de arrendamiento y entrega de parte de los inmueble [sic] objeto de Contrato solicitados desde junio de 2017 (radicación CE2017-012586) y que en todo caso, entendemos aceptados desde tal fecha habida cuenta de las numerosas reuniones sostenidas en las instalaciones de la SAE.'

VIGÉSIMO CUARTO: El día 30 de agosto de 2019 a través de escrito con radicado CE2019-022889, **CENCOSUD** presentó alcance al aviso de terminación del contrato de arrendamiento, anunciando injustificadamente la terminación del contrato, la cual, se haría efectiva a partir del primer día hábil siguiente al recibo de la comunicación, es decir, el dos de septiembre de 2019; manifestando, adicionalmente, que la renta se causaría hasta la fecha de terminación del contrato.

VIGÉSIMO QUINTO: El día 24 de diciembre de 2019 por escrito con radicado CE2019 – 034262, **CENCOSUD** erradamente manifestó a la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** que el inmueble se encontraba totalmente desocupado, allegando fotografías del inmueble y que allegaba las llaves de los inmuebles, las cuales no fueron recibidas por condiciones de seguridad en la ventanilla de recepción de documentos de mi representada.

VIGÉSIMO SEXTO: El día seis de febrero de 2020 a través de escrito con radicado CS2020 – 002779 la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** realizó las siguientes manifestaciones y solicitudes a **CENCOSUD**:

1. Que no se debía perder de vista que los recursos con los cuales se debía pagar las expensas extraordinarias de administración provenían el cumplimiento del pago de la renta por parte de **CENCOSUD**.
2. Que para el día nueve de diciembre de 2019, los inmuebles continuaban ocupados por parte de **CENCOSUD**, debido a que este no había terminado un proceso de desmantelamiento y por consiguiente, la renta continuaba causándose.
3. Atendiendo la entonces actual ocupación del inmueble, se indicará la fecha y hora en la cual sería posible la entrega material y real de los inmuebles.
4. Invitó a **CENCOSUD** a celebrar un contrato de transacción con el objetivo de llevar a buen término la terminación del contrato de arrendamiento.
5. Solicitó se allegará el documento a través del cual se habían modificado el canon de arrendamiento ya que la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** no conocía de modificación alguna que se hubiese celebrado entre mi representada y el arrendatario.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: *CENCOSUD* el día 10 de marzo de 2020 a través de comunicación con radicado CE2020 – 007057 manifestó a mi representada que allegaba depósito de arrendamiento No. 3208344 por un valor equivalente a **CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 4.628'210.990.00)** consignados en el Banco Agrario de Colombia; adicionalmente, con una sesgada interpretación del artículo 2006 del Código Civil manifestó que con fundamento en esta norma, se entendía entregado el inmueble al entregar las llaves del mismo a través de la comunicación escrita.

VIGÉSIMO OCTAVO: Lo anterior a pesar de reconocer en la misma comunicación que, para la fecha, es decir, el 10 de marzo de 2020 aún se encontraba pendiente de retirar un transformador de energía de 50 KVA de su propiedad y que la renta de causó únicamente hasta el dos de septiembre de 2020.

VIGÉSIMO NOVENO: A pesar de lo anterior, la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** a pesar de no haber incumplido el contrato de arrendamiento en momento alguno, el día 25 de febrero de 2020 recibió el inmueble por parte de **CENCOSUD** como se acredita con el acta respectiva de recepción de inmuebles suscrita entre los señores **EDUARDO GÓMEZ** por parte de **CENCOSUD** y del señor **RONALD CASTELLANOS** por parte de mi representada”.

2.3.3. Juramento estimatorio.

En el escrito de reforma, la Convocante indicó como juramento estimatorio, lo siguiente:

“V. JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso bajo la gravedad de juramento, manifiesto que son reales, justos y ha sido determinada en forma razonada la cuantía del daño material consistente en lucro cesante, por el impago de los cánones de arrendamiento causados en el período comprendido entre el primero de enero de 2017 y el 24 de febrero de 2020, con base en el contrato de arrendamiento suscrito el 26 de octubre de 2007 de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1. El valor del canon mensual contabilizado se obtiene de lo pactado contractualmente y se parte del recaudo de los cánones causados entre agosto de 2014 y diciembre de 2016, cantidad certificada por el señor Herles Rodrigo Ariza Becerra, quien fuera el Depositario Provisional de los inmuebles antes identificados. Adicionalmente, teniendo en cuenta que el canon a diciembre de 2016 ascendía a la suma de **CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL**

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

CIENTO SESENTA Y DOS PESOS MCTE (\$192'286.162), y que este tuvo un incremento del 5.75% correspondiente al IPC 2016) a partir de enero del 2017, la discriminación por anualidades es:

VIGENCIA DEL CANON	VALOR DEL CANON (Sin IVA)	FECHA DE INCREMENTO	INCREMENTO (IPC)
Enero de 2017 a diciembre 2017	\$ 203'342.316	Enero 2018	4.09% (IPC 2017)
Enero de 2018 a diciembre 2018	\$ 211'659.329	Enero 2019	3.18% (IPC 2018)
Enero de 2019 a diciembre 2019	\$ 218'390.096	Enero 2020	3.80% (IPC 2019)
Enero de 2020 a diciembre 2020	\$ 226'688.920	No aplica	No aplica

La justificación de los IPC utilizados se deriva, de acuerdo con lo manifestado por el Depositario Provisional, de la liquidación de cánones que, en conjunto, Depositario Provisional y Cencosud, adelantaron desde la fecha de pago de cánones interiores en diciembre de 2016.

2. De acuerdo con lo dicho, la deuda de **CENCOSUD** para con el **FRISCO** se discrimina en las siguientes mensualidades impagas:

AÑO	CANON CONSOLIDADO (Sin IVA)
2017	\$ 2.440'111.396
2018	\$ 2.539'911.952
2019	\$ 2.620'681.152
2020	\$ 1.035.212.733
(enero y 17 días de mayo)	
TOTAL (antes de IVA)	\$ 8.635'917.233
IVA	\$ 1.640.824.274
TOTAL (Incluido de IVA)	\$ 10.276.741.507

3. Adicionalmente, el 7 de febrero 2020, a través de la comunicación expedida con el consecutivo CS2020-002779 se requirió a Cencosud para subsanar la terminación injustificada del Contrato de Arrendamiento, toda vez que, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. ("SAE") como administradora del FRISCO no disponía de los recursos para el pago de la cuota de extraordinaria de administración aducida por Cencosud como causal de terminación anticipada. Esto quiere decir que, SAE requirió a Cencosud porque los recursos de los cánones de arrendamiento que al pago de la cuota extraordinaria de administración se podían dirigir, estaban en mora de ser pagados por Cencosud.

De esta manera, SAE manifestó a Cencosud que respetaba la terminación anticipada a la que tenía derecho siempre y cuando la

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

manifestara dentro de los 12 meses anteriores, y no la anticipada por incumplimiento, en la medida en que esta se derivaba del incumplimiento en el pago de los cánones.

*En este sentido, al amparo de la cláusula décimo sexta del Contrato de Arrendamiento, dado que se ha vencido el término para subsanar dicha situación, Cencosud adeuda al Frisco, por concepto de cláusula penal, la sumatoria de diez (10) cánones mensuales vigentes a 2020, lo cual asciende a la cifra de **DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS (COP \$ 2.266.889.200).***

*4. Ahora bien, debe tenerse en cuenta, que el 4 de marzo de 2020, a través de un depósito de arrendamiento, **CENCOSUD** consignó a favor de mi representada la cantidad **CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 4.628'210.990).***

*En virtud de lo anterior, mediante el presente juramento se establece que el valor actual de los cánones impagos por **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** al **FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO** asciende a la suma de **SIETE MIL NOVECIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$7.915'419.717)**".*

2.4. Contestación de la demanda reformada.

El día dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), dentro del término legal, la apoderada de la parte Convocada presentó por medios electrónicos escrito de contestación de la reforma de la demanda, mediante correo electrónico dirigido a la secretaria del Tribunal Arbitral. En dicho texto, se opuso a las pretensiones del demandante, presentó excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio¹⁰.

2.4.1. En cuanto a las pretensiones.

La Demandada manifestó su oposición a las pretensiones, en los siguientes términos:

"I. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES.

***CENCOSUD** se opone a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho, de derecho y probatorios que abran paso a su prosperidad.*

¹⁰ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Documentos Virtuales Instalación. Contestación Reforma de la Demanda.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Sin perjuicio de las excepciones de mérito que más adelante propongo, frente a cada una de las pretensiones manifiesto lo siguiente:

1. Oposición frente a la PRIMERA pretensión.

Me opongo porque **CENCOSUD** no incumplió el Contrato de Arrendamiento de fecha 26 de octubre de 2007 celebrado con CONSTRUCTORA LLANO CENTRO LTDA., hoy S.A.S. (el “Contrato”).

Sin perjuicio de lo anterior, la parte demandante, como se expondrá con detalle en el capítulo de excepciones, actualmente no tiene la calidad de administradora de los inmuebles objeto del Contrato, razón por la que hoy en día carece de legitimación en la causa para solicitar declaraciones reservadas a las partes intervinientes en éste, así como para solicitar el pago de cánones supuestamente causados con posterioridad al levantamiento de la medida cautelar en virtud de la cual se encontraba facultada para recibirlos.

2. Oposición frente a la SEGUNDA pretensión.

Me opongo por cuanto **CENCOSUD** no adeuda al **FRISCO** representado por **SAE**, ninguna suma de dinero derivada del Contrato. Sin perjuicio de las razones de oposición al juramento estimatorio, al cual remite esta pretensión, y de la inexistencia de deuda alguna a cargo de **CENCOSUD**, los valores que se reclaman en esta pretensión no corresponden al concepto de “lucro cesante” y en todo caso, el **FRISCO** representado por **SAE**, dejó de ser el administrador de los inmuebles objeto del Contrato, a partir del 29 de agosto de 2019 1, razón por la que actualmente carece de legitimación para solicitar el lucro cesante y la cláusula penal que reclama, por demás inexistentes e improcedentes, derivados un contrato del cual hoy en día ya no es parte y respecto del cual reclama sumas que supuestamente fueron causadas con posterioridad al levantamiento de la medida cautelar, en virtud de la cual se encontraba facultada para recibirlas, si es que éstas se debieran, lo cual no es cierto.

3. Oposición frente a la TERCERA pretensión.

Por las razones expresadas antes y que se desarrollan en extenso en el capítulo de excepciones de fondo, la convocante no tiene derecho a ninguna de las sumas que solicita, razón por la que no hay lugar a proferir condena por intereses moratorios sobre dichas sumas inexistentes.

4. Oposición frente a la CUARTA pretensión.

Ante la improcedencia de todas las pretensiones de la demanda, esta pretensión igualmente debe rechazarse.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Solicito se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante”.

2.4.2. En cuanto a las excepciones.

La Demandada propuso como excepciones de mérito, en su escrito de contestación de la reforma de la demanda, las siguientes:

1. Falta de legitimación en la causa.
2. Inexistencia de incumplimiento de CENCOSUD.
 - 2.1. La terminación del contrato fue justificada en los términos del Contrato y de la ley.
 - 2.2. SAE ni el depositario provisional informaron a CENCOSUD la forma ni la fecha en que recibirían los inmuebles. Cualquier demora en la entrega es imputable exclusivamente a SAE.
3. Inexistencia de cláusula penal a favor de la convocante.
4. Inexistencia de saldos a favor de SAE. Inexistencia de lucro cesante.

2.4.3. En cuanto al juramento estimatorio.

La parte Convocada presentó objeción al juramento estimatorio, en los siguientes términos:

“III. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, manifiesto que objeto la cuantía estimada bajo juramento por la parte demandante, teniendo en cuenta los motivos que a continuación específico razonadamente y que dan cuenta de la inexactitud de la estimación realizada por ésta:

1. *La suma estimada bajo juramento por estos conceptos carece de sustento fáctico y probatorio.*
2. *En el encabezado de este acápite se indica que la cuantía del lucro cesante ha sido determinada con base en “el impago de los cánones de arrendamiento causados en el período comprendido entre el primero de enero de 2017 y el 24 de febrero de 2020”. Sin embargo, en el cuadro en el que se discriminan las mensualidades supuestamente impagadas, se incluyen, sin ninguna justificación, sumas hasta el 17 de mayo de ese año, las cuales además de ser incoherentes con la metodología anunciada al inicio del capítulo y no tener justificación contractual ni legal, están referidas a períodos posteriores a la terminación del Contrato y a los meses en los que el **FRISCO** representado por **SAE** ya no era el secuestre los inmuebles.*
3. *En la estimación de la cuantía se incluye la suma de \$1.640.824.274 a título de IVA, suma que se calcula sobre períodos de arrendamiento*

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

inexistentes, por efectos de la terminación del Contrato, pero que en todo caso no puede ser objeto de pago sin la expedición de la correspondiente factura, lo cual, hasta el día de hoy, no ha ocurrido.

4. En la estimación de la cuantía se incluye la suma de \$2.266.889.200 por concepto de una cláusula penal que supuestamente CENCOSUD adeuda al FRISCO, y respecto de la cual no se aporta ninguna evidencia de su existencia, ni se podrá aportar, en cuando dicha cláusula penal, además de improcedente, nunca fue impuesta por SAE mientras fue parte del Contrato ni su imposición es objeto de este proceso, pues no se solicita en las pretensiones y tampoco hay referencia alguna a ella en los hechos de esta demanda.

El juramento estimatorio no constituye el mecanismo jurídico para intentar imponer una cláusula penal, mucho menos cuando quien la reclama no es parte de la relación contractual en la que ésta fue pactada, Además de la inexistencia del incumplimiento de CENCOSUD, esa penalidad, que deriva del exclusivamente del Contrato, jamás fue requerida por SAE mientras tuvo la calidad de arrendador, razón por la que pretender exigirla ahora, cuando ya no tiene tal calidad, y por supuesto no existe incumplimiento, no es razonable ni se ajusta a derecho”.

2.5. Pruebas decretadas y practicadas.

Por Auto No. 16 del diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal decretó las pruebas en que se funda el presente proceso (Acta No. 12)¹¹.

2.5.1. Pruebas documentales.

Se decretaron como pruebas documentales las aportadas con los escritos de la demanda inicial y la demanda reformada, la correspondiente contestación de la demanda inicial y la contestación de la demanda reformada, y el escrito mediante el cual el apoderado de la parte Convocante recorrió el traslado de las excepciones¹².

2.5.2. Interrogatorio y declaración de parte.

El Tribunal decretó el interrogatorio del Representante Legal de **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**, el cual fue solicitado por la parte Convocante. Dicha prueba fue practicada el día veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021), y en calidad de Representante Legal de la Convocada se hizo presente la señora ANA MARÍA MANTILLA GÓMEZ (Acta No. 13 folio 2)¹³.

¹¹ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Documentos Virtuales Instalación. Acta No. 2 (Primera Audiencia de Trámite).

¹² Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas.

¹³ Expediente Digital. Cuaderno Principal No 1. Documentos Virtuales Instalación. Acta No. 13 (Práctica de Pruebas).

2.5.3. Testimonios.

El Tribunal decretó los testimonios de JENNY DEL PILAR SANDOVAL ESPITIA, RAÚL ERNESTO VARGAS SOLANO, ALEJANDRO PATIÑO GALINDO y ANDRÉS ROMERO MANCHOLA, los cuales fueron solicitados por la parte Convocante.

Sin embargo, la parte Convocante en audiencia del tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021), desistió de la práctica del testimonio del señor ALEJANDRO PATIÑO GALINDO, siendo aceptado el desistimiento por el Tribunal, mediante Auto No. 18 del tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Respecto de las declaraciones solicitadas por la parte Convocada, se decretaron los siguientes: KAREN RODRÍGUEZ, MARIO ACEVEDO TRUJILLO, ALEXANDRA ORTEGÓN ACUÑA y ANDRÉS ROMERO MANCHOLA.

La parte Convocada, mediante memorial de fecha nueve (9) de marzo de dos mil veintiuno (2021), desistió del testimonio de la señora ALEXANDRA ORTEGÓN ACUÑA; dicho desistimiento fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 19 del diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Los testimonios se llevaron a cabo en las audiencias que fueron realizadas los días veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno 2021 (Acta No. 13) y tres (3) de marzo de dos mil veintiuno 2021 (Acta No. 14).

2.5.4. Cierre de la etapa probatoria.

El veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021), en audiencia a la cual asistieron los apoderados de las partes y el representante del Ministerio Público, el Tribunal, con fundamento en el artículo 132 del Código General del Proceso, realizó control de legalidad respecto de sus actuaciones y del desarrollo del presente trámite arbitral, frente a lo cual los intervinientes manifestaron estar de acuerdo con la actuación surtida y en consecuencia no presentaron ninguna objeción.

De igual forma, teniendo en cuenta que fueron practicadas todas las pruebas, mediante Auto No. 20 del veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021) el Tribunal procedió a decretar el cierre de la etapa probatoria y fijó fecha para la realización de la audiencia de alegatos.

2.6. Alegatos de conclusión.

Las partes y el representante del Ministerio Público presentaron oralmente sus alegatos de conclusión en audiencia realizada el once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021); asimismo, presentaron un resumen escrito de sus intervenciones.

El Tribunal efectuó el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dichos alegatos por las partes y consideró lo manifestado en el concepto

rendido por el representante del Ministerio Público, todo lo cual fue tenido en cuenta en el análisis de las controversias objeto de este proceso.

2.7. Intervención del Ministerio Público.

Teniendo en cuenta que la parte Demandante es una entidad pública y que el artículo 49 de la Ley 1563 de 2012 indica que *“El Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales”*, el Tribunal corrió traslado de la demanda al representante del Ministerio Público, quien, de igual forma, fue notificado de las actuaciones del Tribunal y convocado a la realización de las audiencias. El representante del Ministerio Público intervino activamente en el trámite, en el marco de las funciones normativamente asignadas a su condición.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

3.1. Presupuestos Procesales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos exigidos para la validez del proceso y para proferir decisión de fondo. Asimismo, observa que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad; en consecuencia, el Tribunal se encuentra facultado para dictar Laudo de mérito. De acuerdo con lo previsto en el pacto arbitral, el presente Laudo se profiere en derecho.

En efecto, se acreditó:

3.1.1. Demanda en forma.

En su oportunidad, el Tribunal Arbitral verificó los requisitos para la admisión de la demanda, la cual fue admitida mediante Auto No. 3 de fecha ocho (8) de septiembre de dos mil veinte (2020)¹⁴, por lo cual el Tribunal la sometió a trámite. Y lo propio hizo en relación con la demanda reformada, admitida por el Tribunal mediante Auto No. 6 del tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020).

3.1.2. Capacidad.

En los documentos que obran en el expediente se observa que tanto la parte Convocante, como la parte Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso, en los términos en que han sido reseñadas; que su existencia y representación legal está debidamente acreditada, y que tienen capacidad para disponer por cuanto en la documentación no aparece restricción en esta materia. Además, por tratarse de un trámite arbitral en derecho, las partes han comparecido al proceso por medio de apoderados debidamente constituidos.

¹⁴ Expediente Digital. Cuaderno Principal No. 1. Cuaderno Actuaciones Virtuales Fase Jurisdiccional. Acta 3 (Admisión de la demanda).

3.1.3. Competencia.

En la Primera Audiencia de Trámite, mediante Auto No. 15 del diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal decidió ***“PRIMERO: DECLARAR la competencia del Tribunal para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en las versiones reformadas de la demanda arbitral y su contestación”***.

Lo anterior, en el marco del artículo 116 de la Constitución Política y la cláusula de solución de controversias incorporada en el Contrato de Arrendamiento celebrado el veintiséis (26) de octubre de dos mil siete (2007), denominada ***“18.9. Ley aplicable y solución de conflictos”***, el cual fue suscrito entre CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S. (antiguamente Constructora Llano Centro Ltda.) en calidad de arrendador y **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** (antiguamente Grandes Superficies de Colombia S.A.) en calidad de arrendatario.

Sin embargo, de conformidad con lo indicado por las partes en sus escritos, la Fiscalía Segunda Delegada de la Unidad de Extinción de Dominio y Contra el Lavado de Activos, en el mes de junio del año dos mil trece (2013), dejó los bienes arrendados a disposición del administrador del FRISCO, en su momento la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES DNE y luego, en virtud de lo establecido en el artículo 90 de la Ley 1708 de 2014, la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. -SAE S.A.S.-, condición bajo la cual esta sociedad actúa en calidad de Demandante en el presente trámite arbitral.

La Demandada, si bien no niega la existencia en el pasado de la función de la SAE como administradora del FRISCO en relación con los bienes arrendados, formuló la excepción de “Falta de legitimación en la causa” alegando que el citado Fondo dejó de ostentar derechos sobre los referidos bienes en agosto de 2019 por razón de la cancelación de la medida cautelar que había sido decretada y había originado la mencionada administración. Esta cuestión, planteada como excepción por la Demandada, forma parte de la controversia y, en consecuencia, el Tribunal procederá, en acápite posterior, a examinarla y a hacer el pronunciamiento correspondiente.

De otro lado, el Tribunal verificó que ambas partes son entes jurídicos con capacidad plena para comparecer al proceso, pues de los documentos aportados no se advierte limitación en ese sentido, y, además, han comparecido a este trámite por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos, sin manifestar reparos en este aspecto.

En cuanto a las diferencias puestas a su consideración, el Tribunal señala que tienen origen en el Contrato de arrendamiento atrás referido en el cual está incorporado el pacto arbitral invocado como fundamento del presente trámite, y están comprendidas dentro de su ámbito; además, son susceptibles de transacción.

3.1.4. Término para fallar.

Como quiera que las partes no pactaron nada distinto, al tenor de lo indicado en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, modificado por lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo 2020, el término de duración del proceso es de ocho (8) meses contados a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, lapso en el que debe proferirse y notificarse el Laudo e, incluso, la providencia que resuelva sobre eventuales solicitudes de aclaración, corrección o adición del mismo.

La Primera Audiencia de Trámite tuvo lugar el diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021). Las partes suspendieron el trámite arbitral en dos oportunidades: (i) entre el veinticinco (25) de marzo y el treinta (30) de abril del año dos mil veintiuno (2021), ambas fechas inclusive, y (ii) entre el doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021) y el catorce (14) de junio de dos mil veintiuno (2021), ambas fechas inclusive, para un total de cuarenta y seis (46) días hábiles de suspensión, los cuales, de conformidad con lo ordenado por el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, deben agregarse -con ese carácter de días hábiles- al término de duración del proceso.

En consecuencia, el término de duración del proceso vencería el diecisiete (17) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), por lo que la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

3.2. Aspectos conceptuales generales sobre la responsabilidad civil contractual.

La doctrina especializada ha señalado que la responsabilidad civil contractual, desde su perspectiva resarcitoria, nace de la obligación de reparar los daños y perjuicios irrogados como consecuencia del quebrantamiento de las estipulaciones pactadas o de alguna manera derivadas de un vínculo jurídico contractual válidamente celebrado.

El profesor Alessandri Rodríguez ha definido la naturaleza de la responsabilidad civil contractual de la siguiente forma:

“La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause”¹⁵.

En este sentido, la responsabilidad contractual involucra una vinculación legítima a un pacto interpartes válidamente celebrado, un contenido obligacional exigible,

¹⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en Derecho Civil, 1981, página 42.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

una conducta -consciente o no- encaminada al cumplimiento o quebrantamiento de los deberes derivados de un contrato y una valoración integral de todos estos componentes que permita apreciar el preciso comportamiento de las partes, y con ello calificar si se configuran o no los presupuestos requeridos para comprometer la referida responsabilidad.

Bajo esta aproximación, la responsabilidad contractual es una especie del género responsabilidad civil, que se estructura a partir del reproche de las conductas dolosas o culposas¹⁶ que causan daño o perjuicio a una persona mediando una relación negocial previa que sirve de fundamento jurídico para imputar dicha responsabilidad, y a partir de su configuración, procurar la obtención de la reparación de los daños causados.

Es sabido que en el marco de la noción genérica de responsabilidad civil suele aludirse a la visión dualista que identifica, separadamente, la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En esta línea, las normas del Código Civil que regulan este campo claramente diferencian los efectos que se derivan de la transgresión del contenido obligacional de un *contrato* (responsabilidad contractual), tal como se establece en los artículos 1602 a 1617 (Título XII del Libro Cuarto, que trata “Del efecto de las obligaciones”), y aquellos que atañen a los *hechos jurídicos* en la forma como está normado en los artículos 2341 a 2360 (Título XXXIV del mismo Libro Cuarto, “Responsabilidad común por los delitos y las culpas”).

La tesis dualista que establece los linderos entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual es corroborada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“3.1. La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un ‘hecho jurídico’, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil.

Esta clasificación, en la que se sustenta una tesis dualista de la responsabilidad civil, parte de la consideración de que es preciso hacer una clara distinción entre los efectos que genera el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, plasmada en el acuerdo de voluntades que es ley para las partes (contratos) y los que se producen como consecuencia de la voluntad del Estado plasmada en la ley”¹⁷.

¹⁶ Salvo las hipótesis o eventos de la denominada responsabilidad objetiva.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1008 de 2010.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Así las cosas, teniendo en cuenta el objeto de la controversia sometida a examen y decisión, que versa sobre tópicos vinculados a un contrato válidamente celebrado, es indiscutible que el debate se ubica, de manera exclusiva, en el ámbito de la responsabilidad de tipo contractual, cuyos elementos estructuradores, desde la perspectiva jurisprudencial, en función de la existencia de un contrato válidamente celebrado, son los siguientes:

- a.-) El incumplimiento de una obligación preexistente.*
- b.-) El daño o perjuicio sufrido por el acreedor.*
- c.-) Un factor de atribución de la responsabilidad, por regla general la culpa.*
- d.-) La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.*
- e.-) La mora del deudor, ya que en los términos del artículo 1615 del Código Civil, 'se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención'¹⁸.*

En cuanto a la premisa de existencia de un contrato válidamente celebrado, es sabido que se está ante una genuina expresión del postulado de la autonomía de la voluntad privada, el cual, precisamente, gira en torno del reconocimiento de la eficacia jurídica que el ordenamiento legal le otorga a los actos que emanan del libre designio de los particulares. Tal como lo expresan los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *"La voluntad privada es autónoma y omnipotente, mientras no tropiece con la barrera señalada por el orden público legal e inmutable"*¹⁹.

De esta forma, entonces, en ejercicio de las facultades que la ley asigna a los particulares para desarrollar la referida autonomía, éstos quedan habilitados libremente para celebrar contratos, precisando en ellos aspectos relevantes como su alcance, sus derechos y sus obligaciones. En palabras del artículo 1602 del Código Civil, *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

No obstante, esta facultad delegada a los particulares no es absoluta, toda vez que se entiende enmarcada en los límites establecidos por la ley para dicho efecto -comenzando por la norma imperativa, el orden público y las buenas costumbres-, sin desconocimiento de las cargas que su ejercicio comporta -como las de claridad, sagacidad y conocimiento-, y partiendo de la base del cabal acatamiento de las exigencias prescritas para su existencia y validez de conformidad con lo previsto en el artículo 1502 del Código Civil, que alude, para esos efectos, a la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de agosto de 2012. Expediente 1100131030092003-00526-01.

¹⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Séptima edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, p.9.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Igualmente, cabe anotar que el análisis de responsabilidad civil antes descrito debe matizarse con otros principios o deberes que surgen ya no específicamente del contrato celebrado, sino que se entienden incorporadas al contrato en virtud de imperativos constitucionales o legales consagrados en pro de la convivencia social jurídicamente trascendente. Se refiere el Tribunal, en concreto, al principio de la buena fe, el cual comprende deberes de conducta en consideración no solo de los intereses personales y particulares del sujeto de la relación jurídica que concurre a su celebración, sino también en protección de los intereses de los demás sujetos que intervienen como parte del contrato.

El principio de la buena fe, incluso con reconocimiento constitucional²⁰, tiene asidero y desarrollo en los Códigos Civil y de Comercio, señalando que debe estar presente en la celebración y durante la ejecución de los contratos. Según el artículo 1603 del Código Civil, *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*; y en términos semejantes, el artículo 871 del Código de Comercio prevé que *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

Según enseña la Corte Suprema de Justicia:

“Justamente, la buena fe es un principio general del derecho, presente en todas las instituciones, figuras y reglas del ordenamiento jurídico. Por su particular connotación, a no dudarlo, el juez, en su labor aplicativa y hermenéutica del ordenamiento en la solución de los conflictos, debe considerarla en especial, en las relaciones obligatorias y contractuales” (...). Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico – constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces.(...)”²¹.

De otro lado, en materia de las etapas del contrato que son objeto de aplicación del principio de buena fe, es claro que su presencia se impone en todo el íter negocial, vale decir, en la fase precontractual, al momento de su celebración, durante toda su ejecución e incluso después de terminado el vínculo contractual cuando quiera que a pesar de la extinción subsistan efectos asociados a ella, como ocurre, para mencionar un escenario que interesa en este proceso, con la obligación de restitución de la cosa arrendada, que tiene su génesis, precisamente, en la expiración del contrato. En palabras, de nuevo, de la Corte Suprema de Justicia:

²⁰ Artículo 83 de la Carta: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de febrero de 2012, Referencia: 11001-3103-002-2003-14027-01.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

“De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual–, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el ‘... período precontractual’, sin distingo de ninguna especie”²².

En síntesis, bajo los paradigmas antes expuestos, la buena fe contractual opera como un principio rector que obliga a los contratantes a honrar no solo las obligaciones contractuales pactadas de manera expresa -verbalmente o por escrito-, sino, también, todo el contenido prestacional que deriva de deberes adicionales de conducta de imperativa observancia según en cada caso corresponda, con lo que ello comporta en términos de actuar con suma lealtad, honorabilidad y transparencia durante toda *“la cadena contractual (iter contractus)”*, haciendo propias las palabras de la jurisprudencia recién reseñada.

Del pleno vigor legal del contrato surgen para las partes dos efectos paralelos: de un lado, el deber de cumplir lo pactado -entendido con el alcance comprensivo propio del marco prestacional que le sea aplicable-, y del otro, la facultad de exigir -a quien así se haya obligado- el cumplimiento de las correspondientes obligaciones o de propiciar la resolución o terminación del vínculo, con derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios causados por la desatención negocial -inejecución, cumplimiento defectuoso o simple retardo-, conforme lo señalan los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

En este orden de ideas, en relación con el estudio de las estructuras lógicas diseñadas para efectuar exámenes de responsabilidad civil contractual, encontramos que la *“preexistencia de una obligación exigible”* es un factor determinante que debe ser en primer término examinado y definido por el juzgador, por manera que si como resultado de ese examen inicial el juzgador concluye afirmativamente respecto de la presencia de una obligación exigible, podrá entonces proceder a determinar si hubo o no el incumplimiento imputado y si se verifica o no lo atinente al factor de atribución de responsabilidad. Posteriormente podrá avanzar con el análisis de la prueba de la existencia del daño, la relación de causalidad con aquel incumplimiento y el *quantum* de la indemnización.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, también tiene evidente relevancia la noción de perjuicio indemnizable, figura del derecho de daños que habilita -en nuestro

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001, Expediente 6146.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

caso desde la órbita contractual- a quien ha sido víctima de una lesión -de índole patrimonial o extrapatrimonial- causada sobre un bien jurídico tutelado por el ordenamiento legal, para reclamar jurídicamente la correspondiente indemnización originada con ocasión de un incumplimiento obligacional. Sin perjuicio de advertir sobre la existencia de posiciones académicas diferentes, el Tribunal utilizará las expresiones *daños* y *perjuicios* como conceptos análogos o equivalentes.

El profesor Javier Tamayo Jaramillo explica *“que, desde que se produzca la lesión a un bien patrimonial o extrapatrimonial, hay daño”, de modo tal que “si como consecuencia de esa disminución se afectan otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de la misma víctima, o de víctimas diferentes, habrá entonces tantos nuevos daños como bienes afectados haya. Cada bien lesionado constituye un daño con entidad propia”*²³.

Por supuesto, la existencia del daño o perjuicio es, según se califica en la doctrina, un *“ingrediente esencial”* en los juicios de responsabilidad civil:

*“Hemos indicado ya que el daño es un ingrediente esencial en la responsabilidad jurídica civil. No interesa que sea contractual o extracontractual. Y llegamos a calificarlo como uno de los elementos más determinantes ya que, aunque se den el hecho, la culpa y el nexo, no existe obligación de indemnizar si no aparece claro el daño”*²⁴.

Y en cuanto a las condiciones para que un daño o perjuicio sea considerado como indemnizable, suele admitirse que ellas apuntan a que debe ser cierto -por oposición al meramente hipotético o eventual-, directo -por oposición al mediato o indirecto-, y personal, en el sentido que el sujeto que lo reclama sea el mismo que resultó perjudicado, bajo la premisa de que el derecho económico o extrapatrimonial que se ve disminuido o suprimido a causa del daño esté protegido por el orden jurídico²⁵. En palabras de la Corte Constitucional:

*“5.5. Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado”*²⁶.

A todo lo dicho hay que agregar la arista propia de la cuestión probatoria, pues se sabe que no es suficiente para quien demanda en este tipo de procesos alegar la existencia de un determinado derecho, sino que, además, debe presentar elementos demostrativos suficientes y adecuados, que le permitan al juez tener

²³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p.8.

²⁴ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual, 9ª edición, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1996, p.221.

²⁵ Sobre el punto también se encuentra ilustración en TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil, Tomo IV, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p.13.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1008/2010.

un amplio y certero conocimiento de todos los hechos y situaciones relacionadas con el asunto sometido a examen.

Esta institución se conoce como la “carga de la prueba”, principio elemental del derecho -no por ello exento, a veces, de complejidad en su aplicación- constituido a partir de la regla que consagra la obligatoriedad para las partes vinculadas a un proceso de probar todos los hechos en que se fundan sus pretensiones y sus excepciones, así como todos aquellos elementos directos e indirectos que se relacionen con la forma y el fondo de la controversia.

En ese sentido, a voces del artículo 1757 del Código Civil, referido al campo de suyo amplio de los derechos personales o de crédito, *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*, lo que con espectro todavía más amplio recoge el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso al señalar que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Desde la perspectiva del pensamiento de la Corte Suprema de Justicia:

“Desde luego, al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”²⁷.

Como es natural, el desarrollo probatorio en un juicio de responsabilidad civil contractual, como el que ocupa la atención del Tribunal Arbitral, estará orientado a la acreditación por el demandante, con la correlativa confrontación por el demandado, de los requisitos exigidos para su configuración, reseñados en líneas anteriores de esta providencia. Como ocurre, en general, con la cuestión probatoria, sin acreditación de los hechos, no habrá declaración de derechos.

3.3. El contrato de arrendamiento sobre el que versa el litigio arbitral.

Como ya se ha puesto de presente, las diferencias entre las partes de este proceso surgen del Contrato de Arrendamiento²⁸ suscrito el 26 de octubre de 2007, sobre el cual conviene destacar, a manera de ilustración general, de cara a los distintos temas que interesan al Tribunal, los siguientes aspectos: los sujetos, el objeto, la duración, el canon de arrendamiento y su forma de pago, lo pactado en materia de cuotas de administración, la cláusula penal, las causales de terminación y la restitución del inmueble.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de mayo de 2010, Expediente 23001-31-10-002-1998-00467-01.

²⁸ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Pruebas Virtuales aportadas con la demanda. Folios del 1 al 21.

El Contrato fue suscrito inicialmente entre CONSTRUCTORA LLANO CENTRO LIMITADA (LLANO CENTRO), como arrendador, y GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. (hoy CENCOSUD), como arrendatario.

De acuerdo con lo estipulado en su cláusula cuarta, el 11 de abril de 2008, el local arrendado fue transferido al Fideicomiso Carrefour Llano Centro²⁹; posteriormente, el 22 de abril de 2011, Llano Centro cedió su posición contractual de arrendador al Fondo de Capital Privado Inverlink Estructuras Inmobiliarias – Compartimiento Uno (INVERLINK)³⁰; finalmente, el 2 de julio de 2013, con ocasión de las medidas cautelares dictadas por la Fiscalía Segunda Delegada de la Unidad de Extinción de Dominio y Contra el Lavado de Activos, la administración del inmueble fue asumida por la Dirección Nacional de Estupefacientes -DNA- y luego por la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. -SAE- en representación del FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO -FRISCO-.

Conforme a lo previsto en la cláusula primera respecto del objeto del Contrato, el arrendador debía entregar al arrendatario, a título de arrendamiento comercial, un local ubicado en el Centro Comercial Llanocentro de la ciudad de Villavicencio -el Local-³¹ para que operara una tienda por departamentos o “hipermercado” conocida como CARREFOUR.

Según lo señalado en la cláusula décima segunda, el término de duración del Contrato sería de veinte años, renovables, contados a partir de la fecha de apertura del hipermercado -la cual, se dice, ocurrió el 18 de abril de 2008-, sin perjuicio de lo estipulado en materia de causales de terminación, a las que pronto aludirá el Tribunal.

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula quinta del Contrato, numeral 5.1., el arrendatario debía pagar al arrendador un canon de arrendamiento semestral variable equivalente al 2.6% de sus ventas netas semestrales. Sin perjuicio de lo anterior, el arrendatario se obligaba a pagar un anticipo mensual de ciento treinta millones como “Canon Mínimo Garantizado”, dentro de los diez primeros días calendario de cada mes. Para ello, la referida cláusula quinta, en sus numerales 5.4. y 5.5., igualmente establecía, en forma expresa e inequívoca, que el arrendador estaba obligado a presentar previamente al arrendatario una factura o cuenta de cobro. Así, en tratándose del “Canon Mensual Garantizado”, el citado numeral 5.5. preveía que el pago habría de hacerse “(...) *dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada mes, previa presentación de la factura o cuenta de cobro correspondiente, la cual deberá ser presentada en las oficinas*

²⁹ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub Carpeta Pruebas de la Contestación de la Demanda, Prueba No 1. Relacionada en el numeral 1.1. de la Contestación de la Reforma de la Demanda, Identificada como “Copia de la escritura pública No. 2424 de fecha 11 de abril de 2008 otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá, por la cual se constituyó el Fideicomiso Carrefour Llano Centro”.

³⁰ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado, Otrosí No 8. Folios 41 al 52.

³¹ Según se indica en el Otrosí No. 8 del Contrato, el Local estaba conformado por dos inmuebles, identificados con los folios de matrícula 230-152224 y 230-152310.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

de Carrefour con no menos de cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha de cada pago, y en el entendido que Carrefour no estará en ningún caso obligada a pagar el respectivo canon hasta que no transcurran cinco (5) días hábiles contados desde la presentación de la factura o cuenta de cobro respectiva” (la negrilla no es del texto).

Y en consonancia con lo anterior, la cláusula décima primera del Contrato, al regular las obligaciones del arrendatario, en el numeral 11.3. previó la de ***“Pagar el canon de arrendamiento del Local de acuerdo con lo contenido en la cláusula quinta anterior siempre y cuando el Promotor o el Fideicomiso, según corresponda, hubieren remitido oportunamente a Carrefour la correspondiente cuenta de cobro”*** (la negrilla no es del texto).

En el marco de las obligaciones nacidas del Contrato, el arrendatario, adicionalmente al canon de arrendamiento, de acuerdo con la cláusula sexta debía pagar al arrendador una suma fija mensual de treinta millones de pesos por concepto de las cuotas ordinarias de administración que debiera el Local al Centro Comercial Llanocentro, con explícita estipulación, a voces de la parte final del numeral 6.1., que ***“Las cuotas extraordinarias, estarán exclusivamente a cargo del Arrendador en todos los eventos”*** (la negrilla no es del texto). En este contexto, en el numeral 10.1. de la cláusula décima del Contrato se consagra como obligación del arrendador la de ***“Pagar oportunamente las cuotas ordinarias y extraordinarias de administración”***.

La estipulación décima sexta del Contrato da cuenta del pacto de una “Cláusula Penal General” en virtud de la cual ***“Las Partes convienen que el retraso de más de tres (3) meses calendario en el cumplimiento de las obligaciones de este Contrato diferentes de las dinerarias, según lo indicado en la cláusula precedente, dará lugar a que la Parte cumplida, si así lo estima procedente, exija el pago inmediato de diez mensualidades de las que trata el numeral 5.3. anterior (ajustadas anualmente de conformidad con la cláusula quinta anterior), siempre que la Parte incumplida no haya subsanado o corregido el incumplimiento dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que se le hubiere requerido por escrito para tal efecto, una vez transcurridos los tres (3) meses a los que se ha hecho referencia”*** (la negrilla no es del texto).

En punto a la terminación del Contrato, tópico de especial importancia en el caso *sub-examine*, el clausulado negocial incluye previsiones relevantes en las estipulaciones décima segunda y décima octava, que es necesario reseñar, teniendo en cuenta para el efecto el texto adoptado en el Otrosí No. 8. de 28 de noviembre de 2011.

En la cláusula décima segunda, bajo el rótulo de “Duración del Contrato, prórrogas y derecho de terminación anticipada”, en el numeral 12.5. se conviene, en lo pertinente, que ***“(…) Carrefour tendrá derecho a terminar anticipadamente el Contrato sin que dicha terminación suponga una indemnización o compensación económica a su cargo, en el entendido que dicha atribución deberá sujetarse a las siguientes reglas: [...] 12.5.1 El derecho a la terminación anticipada podrá ejercerse en cualquier tiempo durante la ejecución del Contrato.***

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

12.5.2 El aviso de terminación deberá producirse doce (12) meses antes de la fecha efectiva en que se quiera terminar el Contrato”.

En la cláusula décima octava, relativa a “Disposiciones Varias”, se hace mención expresa a “Causales de Terminación del presente Contrato”, entre las cuales se consigna, conforme se expresa en el numeral 18.1.2, que el vínculo expiraría *“Por el incumplimiento o violación de cualquiera de las obligaciones a cargo de cualquiera de las Partes, siempre que el incumplimiento no hubiere sido remediado dentro de los ciento veinte días calendario siguientes a la fecha en que la Parte cumplida o que se hubiere allanado a cumplir le hubiere notificado a la Parte incumplida dicho incumplimiento”.*

Por último, conviene advertir que con sujeción a lo dispuesto en la cláusula décima primera, numeral 11.6., entre las obligaciones del arrendatario también se mencionaba la de *“Realizar la restitución del local en los términos establecidos en el presente contrato”*, y que de conformidad con el numeral 18.7 de la cláusula décima octava del Contrato, *“(…) la responsabilidad del Arrendatario por las obligaciones contempladas a su cargo tiene vigencia hasta la fecha en que se produzca la restitución del inmueble a satisfacción (...)”*, forma alterna de señalar el referente económico a aplicar en caso de demora en el cumplimiento de la obligación restitutoria.

3.4. La legitimación en la causa por activa.

Teniendo en cuenta que la parte Convocada formuló en el escrito de contestación de la demanda la excepción denominada “Falta de legitimación en la causa”, el Tribunal procede a pronunciarse sobre ella, por referirse a uno de los presupuestos materiales necesarios para proferir sentencia de fondo.

En ese orden de ideas, la posición de la parte Convocada en relación con la falta de legitimación en la causa por activa de la SAE se encuentra recogida en el mencionado escrito de contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión en los términos que a continuación se sintetizan.

Considera el extremo Convocado que si bien la SAE, como entidad administradora del FRISCO y, por lo tanto, como secuestre de los inmuebles arrendados a CENCOSUD por efecto de la medida cautelar de embargo y secuestro ordenada por la Fiscalía General, tuvo durante un tiempo la calidad de arrendador dentro del contrato de arrendamiento celebrado, en principio, entre CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S. y CENCOSUD COLOMBIA S.A., *“con la cancelación de las medidas cautelares [el 16 de septiembre de 2019 se inscribió en los folios de matrícula de los inmuebles arrendados el oficio de cancelación de las medidas cautelares expedido por la Fiscalía 75 Especializada, Dirección Especializada de Extinción de Dominio], SAE dejó de ser el administrador de los inmuebles arrendados, razón por la que actualmente carece de legitimación para solicitar declaratorias de incumplimiento contractual (...)”* derivadas de un contrato debidamente terminado del cual, además, ya no es parte.

Al argumento anterior, añade la parte Convocada que, aunque el artículo 106 de la Ley 1708 de 2014 dispone que *“El mecanismo de administración provisional de los bienes que se haya utilizado durante el trámite del proceso de extinción deberá mantenerse, hasta que se produzca la devolución efectiva a su titular”*, en el presente caso ya se produjo la devolución efectiva de los inmuebles arrendados a su propietario a la que se refiere el artículo en mención, tal y como consta en el acta de entrega de inmuebles fechada el 3 de marzo de 2021, razón por la cual sigue siendo clara la falta de legitimación en la causa por parte de la SAE.

Por su parte, el planteamiento de la parte Convocante en torno a la excepción de falta de legitimación en la causa formulada por la Convocada se refleja, principalmente, en los alegatos de conclusión.

En ese contexto, sostiene la SAE que aunque en principio podría entenderse, de conformidad con lo previsto en el artículo 2280 del Código Civil, que la calidad de secuestre de los inmuebles arrendados ostentada por la SAE terminó con la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria del levantamiento de la medida cautelar, lo cierto es que *“el secuestro que nos ocupa tiene especial reglamentación como lo es, la Ley 1708 de 2014 y el Decreto 1068 de 2015, normas que disponen no sólo frente a los mecanismos de administración de los bienes que SAE S.A.S. debe implementar, a la vez [sic], disponen normas particulares frente a la terminación del secuestro”*.

Destaca, de las normas mencionadas, el artículo 106 de la Ley 1708 de 2014 según el cual *“la administración de los bienes por parte de SAE S.A.S. en calidad de secuestre se extenderá en el tiempo hasta que se realice la devolución efectiva al titular del derecho”*, y los artículos 2.5.5.9.1. y 2.5.5.9.2. del Decreto 1068 de 2015, los cuales disponen, en su orden, que *“una vez notificada la decisión judicial que ordena la devolución del bien en el proceso de extinción de dominio, el FRISCO deberá proferir acto administrativo en donde ‘dispondrá lo necesario para dar cumplimiento a dicha decisión judicial (...)’*, y que *“respecto de los contratos de arrendamiento, el Administrador del FRISCO efectuará la cesión de los derechos litigiosos a favor de la persona indicada por la autoridad judicial”*.

Y en ese orden de ideas, señala que *“una vez notificada a SAE S.A.S. la decisión de levantar la medida cautelar de los bienes, fue expedida la Resolución No. 1585 del 30 de octubre de 2019 que tiene por fundamento el artículo 2.5.5.9.1 del Decreto 1068 de 2015”*.

En conclusión, a juicio del extremo Convocante, *“el secuestro no terminará con la simple orden emitida por el Juzgado de Extinción de Dominio o por la Fiscalía, por el contrario, el FRISCO deberá adelantar una serie de actividades para terminar su calidad de secuestre como es la expedición de un acto administrativo, e inclusive, si el bien es objeto de contrato de arrendamiento, deberá rendir cuentas de su gestión e inclusive ceder el contrato a la persona indicada por la autoridad judicial, es decir, al vocero del FONDO INVERLINK”*, razón por la cual,

la SAE aún tiene la calidad de arrendador en el contrato de arrendamiento objeto de estudio.

Una vez identificadas las no coincidentes posiciones de las partes frente al tema relativo a la legitimación en la causa por activa en el presente caso, corresponde al Tribunal acometer el estudio de la referida figura, para efectos de lo cual es pertinente empezar por perfilar un marco conceptual y normativo de referencia que permita guiar el estudio a partir de lo que se ha entendido por la figura de la “legitimación en la causa”, su naturaleza jurídica y alcance.

Así, en el ámbito propio del derecho procesal, los denominados “presupuestos materiales” aluden a aquellos requisitos indispensables que deben reunirse para que pueda proferirse sentencia -laudo- de fondo o mérito, es decir, aquellos necesarios para *“resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido, y el demandado, la obligación que se le imputa”*³².

Uno de esos presupuestos materiales para la decisión de fondo lo constituye la legitimación en la causa, la cual supone, en términos generales, que las partes del proceso sean aquellas personas que *“de conformidad con la ley sustancial, puede[n] formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda (...) por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida (...)”*³³.

En ese sentido, Jairo Parra Quijano señala que la legitimación en la causa es una *“aptitud específica que tienen ciertas personas para demandar, otras para contradecir o intervenir (en sentido amplio), respecto a determinada relación material que es objeto del proceso y en virtud del interés tutelado por el legislador mediante la consagración de aquella”*³⁴.

En relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a aquella como la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”*³⁵.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada que la legitimación en la causa corresponde a *“la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”* (G.J. CCXXXVII, v1, n.º 2476, pág. 486. En igual sentido: G.J. LXXXI, n.º 2157-2158, pág. 48)³⁶, aclarando que cuando se habla de ‘acción’, no se está *“empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona*

³² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009, pág. 381.

³³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2017, pág. 245.

³⁴ PARRA QUIJANO, Jairo. *Los terceros en el proceso civil*. Librería Ediciones del Profesional, Sexta Edición, Bogotá, 2001, págs. 12 y 13.

³⁵ Sentencia C-965 de 2003.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de noviembre de 2016.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

*para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de 'pretensión', que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...) (CXXXVIII, 364/65) (casación de 14 de agosto de 1995, exp. 4628)*³⁷.

Al referirse a la legitimación en la causa, el Consejo de Estado ha acogido la idea conforme a la cual deben diferenciarse la legitimación en la causa *de hecho* y la legitimación en la causa *material*. La primera es entendida como *"la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado"*, mientras que la segunda alude a *"la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas"*³⁸. En ese sentido, la legitimación en la causa material se refiere a *"la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas"*³⁹.

No sobra anotar que, en relación con la naturaleza jurídica de la figura, esta Alta Corporación advierte que la falta de legitimación, en rigor, no constituye una de las denominadas excepciones de mérito o de fondo *"comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado"*⁴⁰.

En ese orden de ideas, dejando de lado las eventuales diferencias formales en cuanto a lo que a nomenclatura se refiere, es razonable concluir que la legitimación en la causa por activa, en lo sustantivo, corresponde al derecho que tiene una persona para formular las pretensiones de la demanda por ser la titular del interés en la relación jurídica sustancial cuya declaración se reclame.

Ahora bien, con el fin de determinar si en efecto la SAE es la titular del interés en la relación jurídica sustancial que se debate en el presente proceso, es relevante empezar por identificar, dada la inevitable incidencia que ello tiene a la hora de dilucidar lo relativo al tema de la legitimación en la causa por activa, el marco normativo que sirve de referencia para establecer la naturaleza jurídica de la SAE, sus funciones y el alcance de estas.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 26 de julio de 2013.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de febrero de 2010 (17720).

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de abril de 2017 (43414).

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 4 de febrero de 2010 (17720).

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Como quedó demostrado en el proceso, el 24 de junio de 2013 la Fiscalía Segunda Delegada de la Unidad de Extinción de Dominio y Contra el Lavado de Activos ordenó, entre otras, la medida cautelar de embargo y secuestro de los bienes de propiedad de la sociedad CONSTRUCTORA LLANO CENTRO -quien celebró inicialmente como arrendadora el Contrato de Arrendamiento sobre el que versa este trámite arbitral-, entre los que se encontraban los inmuebles objeto del referido Contrato, identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 230-152224 y 230-152310.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 793 de 2002, *“Por la cual se deroga la Ley 133 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio”*, modificado posteriormente por el artículo 80 de la Ley 1453 de 2011 -norma vigente para la fecha en la que se ordenó la medida cautelar-, *“Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas de extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”*, a cuyo tenor *“Los bienes muebles e inmuebles sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado –Frisco–, quien podrá enajenarlos, directamente o a través de terceras personas, de acuerdo con las normas aplicables a la venta de bienes con extinción de dominio (...)”*, el 2 de julio de 2013 se perfeccionó el secuestro y la medida cautelar ordenada a través del registro de la misma en los folios de matrícula de los bienes inmuebles en cuestión, quedando estos desde ese momento a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes -DNE-.

Posteriormente, la Ley 1453 de 2011 fue derogada en su integridad (salvo su artículo 18) por la Ley 1708 de 2014 -norma vigente a la fecha-, *“Por la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”*.

En lo pertinente, el parágrafo 2º del artículo 88 de la mencionada Ley 1708 dispuso que *“La entidad administradora del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha Contra el Crimen Organizado (Frisco) será el secuestro de los bienes, sobre los que en el pasado se hayan adoptado o se adopten medidas cautelares, los cuales quedarán de inmediato a disposición del citado fondo (...)”*.

Y el artículo 90 de la misma regulación señaló, en relación con la naturaleza jurídica del FRISCO, que *“El Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado (Frisco) es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE), sociedad de economía mixta del orden nacional autorizada por la ley, de naturaleza única y sometida al régimen del derecho privado, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes o su equivalente (...)”*, a lo que añadió, en el inciso segundo, que *“(...) el Presidente de la República expedirá, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de este Código, el reglamento para la administración de los bienes (...)”* (Destacado fuera del texto).

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

En ese orden de ideas, la SAE, como entidad administradora del FRISCO y, por lo tanto, como secuestre de los inmuebles arrendados a CENCOSUD por efecto de la medida cautelar ordenada por la Fiscalía General, adquirió desde ese momento la calidad de arrendador dentro del Contrato de Arrendamiento que ocupa la atención del Tribunal, celebrado inicialmente entre CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S. y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Ahora bien, la Ley 1708 de 2014 a la que se viene haciendo referencia, reguló también lo relativo a la forma en la que terminaría el mencionado mecanismo de administración provisional -secuestro- en cabeza de la SAE en el evento en que se declarara la extinción de dominio o la devolución de los bienes objeto de la medida cautelar a su beneficiario.

En ese contexto, de conformidad con lo previsto en el artículo 95 de la mencionada Ley, *“En el evento en que por sentencia judicial definitiva se declare la extinción de dominio o la devolución sobre un bien arrendado por administrador, el contrato continuará hasta el vencimiento del plazo pactado sin perjuicio de las previsiones legales y contractuales sobre terminación anticipada del contrato de arriendo. En caso de proceder la devolución física del bien, se efectuará la cesión del contrato de arrendamiento a la persona a quien se ordenó la devolución”* (Destacado fuera del texto).

Y según lo consagrado más adelante, en el artículo 106 de la misma regulación, *“Ejecutoriada la decisión del juez que ordena la entrega de bienes, el administrador le comunicará al interesado a la dirección que figure en el expediente del proceso de extinción de dominio, que los bienes se encuentran a su disposición y le informará del procedimiento para su devolución. El mecanismo de administración provisional de los bienes que se haya utilizado durante el trámite del proceso de extinción deberá mantenerse, hasta que se produzca la devolución efectiva a su titular”* (Destacado fuera del texto).

Adicionalmente, en función de lo previsto en el inciso segundo del ya citado artículo 90 de la Ley 1708 de 2014, el Decreto 1068 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”* -modificado por el Decreto 2136 de 2015-, reglamentó también algunos aspectos en relación con la devolución de bienes en el proceso de extinción de dominio, dentro de los cuales es pertinente destacar, por ser relevante de cara al asunto que nos ocupa, el artículo 2.5.5.9.1., según el cual *“Una vez proferida y comunicada la decisión judicial debidamente ejecutoriada que ordena la devolución de un bien en el proceso de extinción de dominio, el Administrador del FRISCO le informará al interesado a la dirección que figure en el expediente del proceso que los bienes están a su disposición. El Administrador del FRISCO mediante acto administrativo dispondrá lo necesario para dar cumplimiento a dicha decisión judicial (...)”* (Destacado fuera del texto), y el artículo 2.5.5.9.2., a cuyo tenor *“(...) La devolución física de los inmuebles que se encuentren arrendados operará adicionalmente con la cesión del contrato de arrendamiento a favor de la persona indicada por la autoridad judicial*

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

competente. Cuando exista proceso judicial respecto de los contratos de arrendamiento, el Administrador del FRISCO efectuará la cesión de los derechos litigiosos a favor de la persona indicada por la autoridad judicial” (Destacado fuera del texto).

Finalmente, para redondear el marco normativo relevante para determinar si existe o no falta de legitimación en la causa por parte de la SAE, hay que hacer referencia a la Resolución 1585 de 30 de octubre de 2019, expedida por dicha entidad, “Por medio de la cual se da cumplimiento a una orden judicial de devolución de unos activos”.

Como se menciona de manera expresa en los considerandos, se trata de un acto administrativo expedido de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del ya citado artículo 2.5.5.9.1 del Decreto 2136 de 2015, con el fin de dar cumplimiento a la decisión judicial que ordenó la devolución al beneficiario de los inmuebles que son objeto del Contrato de Arrendamiento sobre el que versa la controversia en el presente proceso, teniendo en cuenta, además, “Que en los casos que sea procedente, las obligaciones del depositario o administrador provisional no cesarán hasta la entrega material del activo, **y aún surtida la entrega efectiva del bien asignado en administración, el depositario o administrador deberá presentar rendición de cuentas (...)**” (Destacado fuera del texto).

Con fundamento en lo anterior, se dispuso lo siguiente en la parte resolutive de la referida Resolución:

- ARTÍCULO 2, PARÁGRAFO 1: “Si los activos objeto del presente acto administrativo se encontraran materialmente administrados por un depositario provisional, **estos últimos deberán disponer lo necesario para realizar la entrega real y material de los bienes dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del presente acto administrativo (...)**” (Destacado fuera del texto).

- ARTÍCULO 2, PARÁGRAFO 2: “Si los bienes inmuebles objeto del presente acto administrativo se encontraran arrendados, la Gerencia Regional y/o el depositario o administrador removido **dispondrá de la cesión de los contratos de arrendamiento en favor de los beneficiarios de la devolución de los inmuebles**, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 de la Ley 1708 de 2014, a efectos de que a partir de la fecha de la respectiva cesión el beneficiario pueda ejercer todas las acciones y derechos inherentes a la posición contractual cedida **y con dicha acción se entenderá materializada la entrega del inmueble** objeto del presente acto administrativo” (Destacado fuera del texto).

- ARTÍCULO 3, PARÁGRAFO 1: “El depositario o administrador removido, en los casos que aplique, deberá rendir cuentas comprobadas de su gestión dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la comunicación del presente acto administrativo, (...).”

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

- ARTÍCULO 3, PARÁGRAFO 2: *"La rendición de cuentas presentada por el depositario o administrador removido, respecto de cada bien administrado deberá ser validada por la Gerencia de Bienes Inmuebles de esta Sociedad, una vez la SAE haya realizado la respectiva conciliación de ingresos y gastos, y la validación de todos los informes presentados expedirá la respectiva aprobación con la cual se dará por terminado el proceso de entrega (...)"* (Destacado fuera del texto).

Además del marco normativo hasta aquí identificado, es necesario tener en cuenta también para efectos del análisis del tema relativo a la falta de legitimación en la causa por activa, el "acta de entrega de inmuebles" de 3 de marzo de 2020 que obra en el proceso como prueba documental, en la que consta la entrega que la SAE hizo a INVERLINK de los inmuebles objeto del Contrato de Arrendamiento.

En dicha acta se dejaron consignadas algunas observaciones en relación con la mencionada entrega. Se señaló que *"La entrega por parte de SAE de los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias 230-152224 y 230-152310, se da [sic] cumplimiento de la resolución que para el efecto expidió SAE y se enumera con el consecutivo No. 1585 de 2019", y que "Los propietarios solicitan la continuación de las mesas de trabajo para la devolución total de los recursos y la aclaración del estado del contrato de arrendamiento"*.

Pues bien, visto en conjunto el marco normativo recién reseñado con el acta de entrega de inmuebles de 3 de marzo de 2020 y sus observaciones, considera el Tribunal que no es posible afirmar de manera tajante e inequívoca que, según lo sostiene la parte Convocada en el presente caso, *"con la cancelación de las medidas, SAE dejó de ser el administrador de los inmuebles arrendados, razón por la que actualmente carece de legitimación para solicitar declaratorias de incumplimiento contractual (...)"*, ni que como ya se produjo la devolución efectiva de los inmuebles arrendados a la que se refiere el artículo 106 de la Ley 1708 de 2014, tal y como consta en el acta de entrega de inmuebles fechada el 3 de marzo de 2020, el mecanismo de administración provisional terminó automáticamente y, por lo tanto, la SAE dejó de ostentar la calidad de secuestre y administrador de los inmuebles y, en consecuencia, dejó de ser parte del Contrato de Arrendamiento.

Por el contrario, a juicio del Tribunal la regulación reseñada y el hecho objetivo contenido en la mencionada acta del 3 de marzo de 2020, incluidas sus observaciones, suministran elementos suficientes a partir de los cuales es razonable entender que la calidad de la SAE como administradora y secuestre de los inmuebles arrendados -y en consecuencia como parte arrendadora del Contrato de Arrendamiento⁴¹- se mantiene hasta que dicha entidad efectúe la *"devolución efectiva a su titular"* de los inmuebles mencionados, actuación que no se agota con la mera devolución "física" de los mismos, sino que comprende

⁴¹ Expresión cuyo entendimiento se modula en función del estado jurídico del Contrato (vigente o terminado según corresponda).

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

una serie de actuaciones incluso posteriores a esta, tales como la cesión del contrato de arrendamiento en favor del beneficiario de la devolución de los inmuebles -o la cesión de derechos litigiosos, según resultara pertinente- (artículos 95 de la Ley 1708 de 2014 y 2.5.5.9.2. del Decreto 1068 de 2015), una eventual rendición de cuentas por parte del administrador provisional, e incluso la expedición de un acto de “aprobación” por parte de la SAE “(...) *una vez haya realizado la respectiva conciliación de ingresos y gastos, y la validación de todos los informes presentados (...)*” (artículo 3 de la Resolución 1585 de 30 de octubre de 2019), todas estas tendientes a dar cumplimiento a la decisión judicial que ordenó la devolución al beneficiario de los inmuebles arrendados y de esa forma terminar de manera definitiva con el mecanismo de administración provisional.

El Tribunal estima oportuno señalar que en argumentación de este mismo perfil, el Ministerio Público en su concepto final, también previo recuento de la normativa especial aplicable en función de la intervención del FRISCO y la SAE, concluye que la función de esta última *“no culmina con la sola entrega de los bienes embargados y secuestrados, sino que adicionalmente se hace necesario que esta entidad realice la cesión de derechos litigiosos al Fondo de Capital Privado Inverlink, para que este pudiese asumir su posición dentro del presente trámite, requisito que no se advierte como cumplido; de tal manera que hasta que ello ocurra la SAE se encuentra legitimada para actuar conforme a las obligaciones que le fueran asignadas”*⁴².

Entonces, conforme a lo que quedó demostrado en el proceso, hasta la fecha no han tenido lugar las actuaciones de “cierre” -aparte de la entrega física de los inmuebles-, resulta atinado -además de razonable- considerar y concluir que incluso para la fecha de presentación de la demanda -16 de julio de 2020- la SAE actuaba y sigue actuando como parte -arrendadora- en la relación jurídica sustancial que se discute en el presente proceso.

En esta línea argumentativa conviene anotar que incluso para la época de trámite de este proceso arbitral tenía todavía vigencia el mecanismo de “mesas de trabajo” con participación de la SAE e INVERLINK en la vía de cerrar la gestión a cargo de aquella sociedad, consideración relevante en la esfera de la legitimación que se examina con independencia de que en tales “mesas de trabajo” no intervenga CENCOSUD. Indagado al respecto el testigo Andrés Felipe Romero Manchola, funcionario de la SAE, manifestó:

“DR. BONIVENTO: ¿Doctor Romero, esa alusión que usted ha hecho al tema de unas mesas de trabajo con Inverlink, con ocasión de la decisión de la Fiscalía de devolver el inmueble a su dueño, cuénteles al tribunal cuándo tuvieron lugar esas mesas de trabajo, quienes la integraban y cuál es el origen de las mismas, que pasó en ese escenario?”

SR. ROMERO: Bueno, habida cuenta como les mencionaba de la decisión del órgano judicial dentro del proceso de extinción del derecho de dominio y de una resolución consecuente que genera la Sociedad de Activos Especiales ordenando la entrega a favor del dueño del inmueble,

⁴² Página 23 del escrito contentivo del referido Concepto.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

que en este caso es el fondo de Inverlink, se dieron inicio a estas mesas de trabajo también en el segundo semestre de 2019. De parte de Inverlink siempre estuvieron encabezadas por Alexandra se me va el apellido, no sé si me permite mirar el celular para ver el contacto y corroborar el apellido, pero ella es funcionaria de Inverlink, junto con parte de su equipo de trabajo con profesionales desde el punto de vista contable y jurídico, y por parte de SAE estuvieron en varios momentos la Gerencia de Sociedades Activas, la Gerencia de bienes inmuebles, incluso en algún momento la vicepresidencia de Sociedades, mi superior jerárquico al interior de SAE.

Y básicamente, el objeto de estas mesas de trabajo era coordinar la entrega de esos activos que habían sido ordenados por parte de la Fiscalía, que para este caso era como les había mencionado el inmueble, y también los cánones de arrendamiento que se habían generado desde el momento del inicio del proceso de extinción de dominio que estuvieran obviamente en poder de la Sociedad de Activos Especiales.

*En ese escenario se coordinó no solo la entrega material sino como les mencionaba también esa entrega de recursos, que fue ya realizada en dos momentos por parte de SAE a Inverlink, **y de hecho, que hoy esas mesas de trabajo continúan en tanto ellos han tenido algunos interrogantes frente a esos recursos, a cómo causarlos al interior de su contabilidad y demás, y de hecho hoy tuvimos otra mesa de trabajo en ese sentido, ellos han tenido algunos cambios al interior y Alexandra Ortigón que era quien había venido realizando estas mesas de trabajo lo delegó en cabeza de otra persona al interior de Inverlink***” (Destacado por el Tribunal).

Además de lo anterior, es también ilustrativo el dicho de la propia Convocada en cuanto a la calidad de arrendadora de la Convocante, con el entendimiento que tenía para la época, en la medida en que en comunicación fechada el 9 de marzo de 2020 (CE2020-007057)⁴³ enviada por esta a aquella, reconoce expresamente que “la Sociedad de Activos Especiales S.A. – SAE, **ostenta el carácter de arrendador dentro contrato de arriendo suscrito con Constructora Llanocentro Ltda., el 26 de octubre de 2007 (...)**” (Destacado por el Tribunal).

Así las cosas, el Tribunal encuentra que existe legitimación en la causa por activa, toda vez que la Convocante, como sujeto de la relación jurídica sustancial objeto de discusión en el presente proceso arbitral, es la persona legitimada conforme la ley sustancial para formular las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, el Tribunal, sin perjuicio de recordar la precisión atinente a la verdadera naturaleza jurídica de la figura en cuestión, negará el planteamiento esgrimido por la vía de la excepción de “Falta de legitimación”, formulada por la parte Convocada.

⁴³ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado: Escrito con radicado CS2020-007057 del 9 de marzo de 2020. Folios 208 y 209.

3.5. Marco legal general del contrato de arrendamiento de local comercial y su régimen de terminación.

Para referenciar el marco conceptual del contrato arrendamiento de local comercial se hace necesario remitirse a lo señalado en el Estatuto Mercantil -que específicamente trata algunos asuntos como el derecho a la renovación- y en lo general, no regulado en el Código de Comercio, a lo establecido para el efecto en el Código Civil, en el capítulo relativo al arrendamiento de cosas. En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional que *“El contrato de arrendamiento de locales comerciales esta sujeto en su régimen legal a las disposiciones contenidas en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio y por expresa disposición del artículo 2°, las cuestiones que no se encuentren allí contempladas, deberán ser resueltas por interpretación analógica o por las normas que sobre el contrato de arrendamiento establece el Código Civil”*⁴⁴. O, en palabras de la doctrina nacional, *“En relación con las disposiciones aplicables al arriendo, en primer lugar, existe el régimen general del Código Civil, el cual, además de las reglas generales del arrendamiento, contiene disposiciones especiales en materia de arrendamiento de locales y de predios rústicos. De otro lado, existe el régimen del Código de Comercio para el arrendamiento de locales para establecimientos de comercio”*⁴⁵. En consecuencia, se entiende sin duda procedente la aplicación general de las normas relativas al arrendamiento de cosas incluidas dentro del Título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil al arrendamiento de locales comerciales -entendido, genéricamente, como el espacio físico en el que se ofrecen bienes y servicios- para todas aquellas materias que de manera específica no estén reguladas en las normas particulares del Código de Comercio.

Así las cosas, según la definición incluida en el artículo 1973 del Código Civil, el arrendamiento *“(…) es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*, y, en este sentido, frente al arrendamiento de cosas específicamente, establece el artículo 1974 siguiente, que *“Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorpóreas, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales (...)”*. A partir de esta consideración, ha dicho la jurisprudencia arbitral sobre el contrato de arrendamiento mercantil que *“De las anteriores reglas normativas se infiere que las características propias del contrato de arrendamiento comercial son la de ser un contrato bilateral, oneroso, conmutativo y consensual en tanto que, su celebración y perfeccionamiento se encuentra sujeta únicamente a la convención y acuerdo de las partes”*⁴⁶.

Bajo este concepto, son varios los temas frente a los cuales es el pacto de las partes lo que determina el contenido esencial del negocio en el marco del contrato de arrendamiento, como lo son la determinación de la cosa y del precio, y

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-537/09 de 6 de agosto de 2009.

⁴⁵ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *CONTRATOS: Notas de clase*. Editorial Legis, p. 550.

⁴⁶ Tribunal de Arbitramento de Andalucía Diseño y Construcciones S.A.S. vs The Mattress Warehouse S.A.S., Laudo de marzo 7 de 2019.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

aspectos adicionales como la duración del contrato, entre muchas otras; sin embargo, sí establece expresamente el Código Civil las obligaciones de las partes dentro del citado contrato de arrendamiento, aplicables -como se dijo- al arrendamiento de local comercial, disponiendo en el artículo 1982 que el arrendador está obligado “1. A entregar al arrendatario la cosa arrendada, 2. A mantener la cosa en estado de servir para el fin que ha sido arrendada y 3. A librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”. Ahora, aun cuando las obligaciones del arrendatario no están sistematizadas en una única norma, a diferencia de lo que ocurre con las del arrendador, es posible recopilarlas de diversas disposiciones que las contienen, las cuales, en palabras de la doctrina nacional son, en esencia, “1. Gozar de la cosa, según los términos o espíritu del contrato, 2. Velar por la conservación de la cosa arrendada, 3. Pagar el precio o renta convenido y 4. Restituir o entregar la cosa a la terminación del contrato”⁴⁷.

Al hacer referencia a la obligación de restitución de la cosa a la terminación del contrato de arrendamiento -para mencionar una de particular relevancia en este caso-, reza el artículo 2005 del Código Civil que el arrendatario es obligado a restituir la cosa al final del arrendamiento. Destaca la doctrina nacional en este punto que a la terminación del contrato de arrendamiento, el arrendatario está obligado a la restitución de la cosa, aclarando que “Sin embargo, en la medida en que el arrendatario tiene el derecho a gozar la cosa, y no es responsable por el deterioro normal resultante de dicho goce, el estado en que se debe restituir debe considerar dicho deterioro, por ello la ley señala que no es responsable por el deterioro por el uso y goce legítimo”⁴⁸. Bajo dicho precepto es claro, entonces, que la obligación de restitución, en este caso del local comercial, solo nace a la vida jurídica cuando ocurre el evento de la terminación del contrato, pues, como es apenas natural, antes de esto no habrá lugar a exigir el cumplimiento de tal obligación al arrendatario. Adicionalmente, el artículo 2006 siguiente se refiere de manera particular a la restitución en el caso de bienes raíces, señalando como requisito para su cumplimiento que el arrendatario deberá proceder no sólo desocupando por completo la cosa arrendada, “poniéndola a disposición del arrendador”, sino que también deberá entregar las llaves, “si las tuviere la cosa”.

Ya frente al tema de la terminación del contrato de arrendamiento de cosas, incluido también para estos efectos el arrendamiento de local comercial -al no existir regulación integral específica sobre la materia en el Código de Comercio, salvo en lo atinente al ya mencionado derecho a la renovación-, deberán entenderse como causales de terminación todas aquellas que hubieran resultado del acuerdo de las partes, así como las expresamente consagradas en la ley.

En este sentido, como primera medida vale la pena referirse al artículo 1602 del Código Civil, norma que habilita de manera expresa el acuerdo de las partes para pactar sobre la terminación del contrato, incluida la posibilidad de estipular la terminación unilateral del mismo, a cuyo tenor “Todo contrato legalmente

⁴⁷ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles, Librería Ediciones del Profesional, pág. 443.

⁴⁸ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo *ob. cit.*, pág. 608.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

En relación con la posibilidad de pactar cláusulas de terminación unilateral, ya sea en cabeza de ambos contratantes o de alguno de ellos, ha dicho la justicia arbitral: *“Al respecto los Hermanos Mazeaud consideran que la cláusula de un contrato que faculta a una de la partes para darlo por terminado, es un pacto válido y recuerdan cómo así lo ha decidido la corte de casación Francesa (Mazeaud, Henri, León, Jean; lecciones de derecho civil, parte II, volumen III, Págs. 13 y ss.), solución que parece admisible en el derecho privado colombiano, con apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad que campea los códigos Civil y de Comercio”*⁴⁹. Y la Corte Suprema de Justicia, por su parte, defendiendo la misma idea, aunque modulando el ejercicio de las prerrogativas estipuladas, complementa que *“En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades”*⁵⁰. Entonces, si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido la validez del pacto de cláusulas de terminación unilateral, el ejercicio de esta facultad, como muchas otras, amparada bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada, encuentra límites en variables o principios como el respeto a las buenas costumbres y la buena fe, exigiendo siempre un comportamiento correcto y leal en el marco de su aplicación.

Adicional al pacto de las partes, el artículo 2008 del Código Civil señala que además de los modos de extinción de los contratos en general, el arrendamiento de cosas termina o expira por las siguientes causales: *1. Por la destrucción total de la cosa arrendada, 2. Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo, 3. Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán, 4. Por sentencia de juez o de prefecto en los casos que la ley ha previsto.*

En esta forma, de las estipulaciones referenciadas se desprende con claridad que el arrendamiento de cosas en general y, en ese sentido, el arrendamiento de local comercial, puede terminar ya sea por las causales pactadas por las partes en virtud del acuerdo negocial -fuente convencional-, o por las causales establecidas en la ley -fuente legal-.

Frente al tema que nos ocupa, tendría relevancia -al menos en abstracto- la cuarta causal incluida en el artículo 2008 del Código Civil, mencionado anteriormente, relativa a la terminación del arrendamiento de cosas por sentencia judicial en los casos previstos en la ley. Ha explicado la doctrina nacional el contenido de esta causal destacando que, al ser el arrendamiento un contrato de ejecución sucesiva, el cumplimiento de las obligaciones se verifica

⁴⁹ Tribunal de Arbitramento de Herpaty Limitada vs. Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A”, Laudo de diciembre 16 de 2005.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, Ref. 11001-3103-012-1999-01957-01.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

periódicamente, y que, en este sentido, “(...) un contrato de arrendamiento puede expirar cuando al juez, bien por incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes o por alguna causal de nulidad, se le pide declare la terminación del contrato (...)”⁵¹. Dicha estipulación abre la puerta entonces para acudir ante el juez buscando la terminación del contrato de arrendamiento en el evento de incumplimiento de las obligaciones por parte de alguno de los contratantes, y que de esta manera sea el juez quien declare extinguida la relación contractual, sea por el incumplimiento del arrendador, ora del arrendatario, mediante solicitud presentada al juez por la parte que alega el incumplimiento y pretende lograr la declaratoria de terminación.

A la luz de lo mencionado anteriormente puede decirse que la consagración del incumplimiento como causa legal de terminación del contrato de arrendamiento a través de la declaración judicial que en tal sentido puede obtenerse, no excluye la viabilidad de pactar la terminación unilateral de la relación contractual por el incumplimiento de obligaciones de alguno de los contratantes, lo que equivale a decir que ante un escenario de incumplimiento existe, en abstracto, la posibilidad para las partes de acudir ante el juez para solicitar la declaratoria de incumplimiento y como consecuencia la terminación del contrato en virtud del numeral 4 del artículo 2008 del Código Civil mencionado anteriormente, o la de hacer uso adecuado -lo que proscribe la hipótesis de abuso- de la cláusula de terminación unilateral radicada en cabeza de los contratantes si media estipulación en ese sentido, atendiendo a la facultad dispositiva de las partes conforme a lo pactado, como ocurrió en el presente caso.

3.6. Lo probado en el proceso en materia de terminación del contrato. Conclusiones sobre el incumplimiento imputado en la demanda por la terminación unilateral del Contrato.

La SAE, en su demanda reformada, solicita como primera pretensión “Que se declare que CENCOSUD COLOMBIA S.A. en calidad de arrendataria es civil y contractualmente responsable del incumplimiento del Contrato de Arrendamiento de fecha 26 de octubre de 2007, celebrado con CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S. (Antes de Constructora Llano Centro Ltda.) en calidad de arrendadora como consecuencia de la terminación injustificada y anticipada del negocio jurídico al darlo por terminado invocando el numeral 18.1.2. de la cláusula décima octava del contrato de arrendamiento y entregando el inmueble el día 25 de febrero de 2020”.

CENCOSUD, en la contestación de la aludida reforma, se opone a la pretensión recién reseñada negando el incumplimiento pregonado, planteamiento que desarrolla al formular la excepción de “inexistencia” de dicho incumplimiento, pues, según su dicho, “la terminación del Contrato fue justificada y las razones por las cuales la entrega de los inmuebles arrendados no pudo realizarse simultáneamente con esta, es atribuible a SAE (...)”. Según la Convocada, la terminación del Contrato es justificada en la medida en que se origina en el

⁵¹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los mercantiles, Librería Ediciones del Profesional, p. 471.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

incumplimiento de la SAE respecto de *“la obligación de pagar la cuota extraordinaria de administración fijada por la asamblea de copropietarios del Centro Comercial para el año 2017”*, y cualquier demora en la restitución del local *“es imputable exclusivamente a la SAE”*, pues ni la propia sociedad ni el depositario provisional informaron a CENCOSUD *“la forma ni la fecha en la que recibirían los inmuebles”*.

Comienza por señalar el Tribunal que está demostrado en el proceso que el 2 de mayo de 2019 CENCOSUD, invocando la cláusula sexta del Contrato, solicitó a la SAE *“realizar el pago de la cuota extraordinaria aprobada en el año 2017”*, y que posteriormente, mediante comunicación fechada el 16 de mayo siguiente, le notificó su voluntad de terminar anticipadamente el Contrato, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula décima segunda, pasados doce meses contados a partir de su comunicación, al tiempo que en su misiva CENCOSUD también manifestó a la SAE que *“ante el incumplimiento de algunas obligaciones que en la actualidad ostenta en su calidad de arrendador, en especial la relacionada con el no pago de la cuota extraordinaria de administración aprobada desde el año 2017, que ha generado como perjuicio la no obtención del descuento por pronto pago de las cuotas ordinarias de administración a mi representada desde tal fecha (la cual requerimos formalmente mediante radicado CE2019-011833 del pasado 02 de mayo de 2019), nos permitimos informar que en caso de no remediación de tal incumplimiento dentro de los ciento (120) días calendario siguientes a la fecha del requerimiento efectuado, esto es 29 de agosto de 2019, anunciamos desde ya la terminación del contrato por incumplimiento haciéndose efectiva para esta última fecha, en los términos del numeral 18.1.2. de la cláusula Décima Octava del Contrato”*⁵².

Consta en el expediente que, en la línea anunciada, el 30 de agosto de 2019 CENCOSUD comunicó a la SAE la terminación del Contrato al amparo de la reseñada cláusula décima octava, al haber transcurrido ciento veinte días calendario desde su requerimiento del 2 de mayo anterior sin que la SAE hubiera subsanado o remediado su incumplimiento frente al pago de la cuota extraordinario del año 2017⁵³.

La SAE no discute el hecho objetivo del no pago de la cuota extraordinaria de marras, pero aspira a contrarrestar el efecto del incumplimiento que ello comporta bajo la consideración de que CENCOSUD estaba en mora de pagar cánones de arrendamiento, lo cual, además de la incidencia jurídica asociada a tal situación -por ejemplo, en la esfera de la aplicación de la conocida excepción de contrato no cumplido-, impedía contar con los recursos que se podrían destinar para atender aquella deuda. Sin embargo, tal posición no resulta admisible a juicio del Tribunal, pues el presupuesto de incumplimiento y mora de CENCOSUD respecto de la obligación de pago de los cánones de arrendamiento no se verifica.

⁵² Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado: Escrito con radicado CE2019-013392 del 18 de mayo de 2019. Folios 171 y 172.

⁵³ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado: Escrito con radicado CE2019-022889 del 30 de agosto de 2019. Folios 175 y 176.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

En efecto, es importante resaltar, como ya se dijo, que el Contrato era claro y explícito respecto de la relación pactada entre el deber u obligación -como quiera verse- previa de la SAE de presentar al arrendatario las facturas o cuentas de cobro, y la obligación de CENCOSUD de pagar el canon de arrendamiento. De acuerdo con la ya reseñada cláusula décima primera del Contrato (numeral 11.3), el arrendatario debía pagar el canon de arrendamiento “*siempre y cuando*” el arrendador hubiera remitido oportunamente la correspondiente factura o cuenta de cobro. Igualmente, recuérdese que los numerales 5.4. y 5.5. de la cláusula quinta supeditaban el pago del canon a la presentación previa de una cuenta de cobro o factura por el arrendador. Y así lo entendía la SAE durante la ejecución contractual, como se aprecia en la comunicación dirigida a CENCOSUD de fecha 22 de diciembre de 2016 en la que le solicitó remitir “*la relación de los pagos adeudados (...) con el fin de generar el cupón de recaudo y poder así efectuar la respectiva consignación a las cuentas de la SAE*”⁵⁴. Bajo tal entendido recíproco, el 3 de enero de 2018 CENCOSUD procedió a efectuar los pagos correspondientes al periodo de agosto de 2015 a diciembre de 2016 y solicitarle a la SAE que se expidiera “*la factura por concepto de cánones de arrendamiento del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de enero de 2018*”⁵⁵.

Adicionalmente, cabe señalar que no pasa desapercibido el hecho según el cual no hay evidencia de que la SAE hubiera requerido oportunamente a CENCOSUD en relación con el presunto incumplimiento en el pago del canon de arrendamiento, lo que vino a mencionar en comunicación del 6 de febrero de 2020⁵⁶, contentiva de distintas manifestaciones ya en el ámbito de la restitución material de la cosa arrendada. Durante el giro ordinario de la ejecución contractual no eran emitidos por la SAE, por razones ajenas a la órbita de responsabilidades de CENCOSUD, los documentos previos a su cargo -cuentas de cobro y/o facturas y/o cupones- para habilitar la plena exigibilidad de la obligación de pago de los cánones de arrendamiento de conformidad con lo expresamente estipulado en el Contrato⁵⁷.

En virtud de las consideraciones expuestas, la inexorable conclusión del Tribunal es que la terminación unilateral del Contrato por parte de CENCOSUD, al amparo de la previsión consagrada en el numeral 18.1.2. de la cláusula décima octava del Contrato, fue justificada, al tener basamento en el incumplimiento incurrido y no subsanado por la SAE respecto de su obligación, en la posición de arrendador, de pagar las cuotas extraordinarias de administración de la copropiedad de la que formaban parte los inmuebles que integraban el local comercial arrendado,

⁵⁴ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub Carpeta Pruebas de la Contestación de la Demanda, Documento denominado Prueba No 3: 1.11 Comunicación SAE No. CS2016-026730 de fecha 22 de diciembre de 2016.

⁵⁵ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub Carpeta Pruebas de la Contestación de la Demanda, Documento denominado Prueba No 11: 1.14 Comunicación LEG-1192-18 de fecha 3 de enero de 2018, radicada el 16 de enero de 2018 en SAE bajo el número CE2018-000859.

⁵⁶ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado: Escrito con radicado CS2020 – 002779 del 6 de febrero de 2020. Folios 206 y 207.

⁵⁷ Al contexto general de lo que sucedía al interior de la SAE con este tema se refirieron los funcionarios que rindieron declaración testimonial, como Jenny del Pilar Sandoval Espitia y Andrés Felipe Romero Manchola.

situación fáctica y jurídica que ciertamente configuraba la causal de extinción del vínculo acordada en la estipulación referida.

3.7. Lo probado en el proceso en materia de restitución del inmueble arrendado. Conclusiones sobre el incumplimiento imputado en esa materia.

Producida la terminación del Contrato surgía -como surgió-, conforme se puntualizó en la reseña normativa ya efectuada por el Tribunal, la obligación de CENCOSUD de restituir el Local arrendado, lo cual sólo vino a ocurrir meses después de la fecha de expiración del negocio jurídico, en el marco de circunstancias fácticas que es necesario contextualizar de cara a la valoración de la conducta desplegada por cada una de las partes -en particular la de la Convocada- para efectos de determinar si se configura, por el retardo acaecido, la responsabilidad contractual imputada en la demanda por la SAE respecto de CENCOSUD.

Para la verificación de lo ocurrido en el tópico específico que ahora ocupa la atención, el Tribunal tendrá especialmente en cuenta la trazabilidad que muestra la prueba documental arrojada al expediente, que ilustra la secuencia cronológica de los hechos que se estiman relevantes para dilucidar el punto en cuestión:

- Mediante la comunicación CE2019-022889, de 30 de agosto de 2019, dirigida por CENCOSUD a SAE⁵⁸, la arrendataria hace referencia expresa a la terminación del Contrato *“a partir del primer día hábil siguiente al recibo de la presente comunicación”*, con mención de *“nuestro interés y disposición para efectuar la restitución de los inmuebles, para lo cual agradecemos nos indique la fecha y el personal designado por esa Entidad para el efecto”*, y manifestación en el sentido de que *“Quedamos a la espera de las instrucciones que considere oportunas para la restitución del inmueble”*.
- Según correo electrónico de 26 de septiembre de 2019, “Asunto: ENTREGA LOCALES”, dirigido por el depositario provisional (Herles Ariza) a CENCOSUD⁵⁹, *“(…) se adjunta oficio de solicitud de espera prudencial para tramitar autorización ante SAE para recibir los locales (...)”*, comunicación en la que expresa que *“En vista de la terminación del contrato de arrendamiento y de la reunión celebrada el día de ayer 25 de septiembre de 2019 en donde solicitaron se les reciban los locales, se acude a su amable colaboración con el objeto de que se otorgue un pequeño plazo prudencial para que en mi calidad de depositario pueda elevar la consulta de entrega al supervisor natural que es la Sociedad de Activos Especiales SAE-SAS”*.

⁵⁸ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas aportadas OBJ JE demanda reformada. Documento denominado: 3. CE2019-022889.

⁵⁹ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Contestación de la demanda. Documento denominado: 10. Prueba 13. Correo electrónico RV entrega locales Llano Centro.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

- En respuesta al anterior correo, CENCOSUD, con comunicación LEG-1694-19, de 8 de octubre de 2019⁶⁰, dirigida al depositario provisional y también radicada ante la SAE el 10 de octubre, manifestó *“(…) que nos encontramos a la espera de las instrucciones de la SAE o en su defecto de usted en su condición de depositario provisional, respecto de la restitución de los inmuebles que fueron objeto de contrato de arrendamiento terminado de acuerdo con nuestras comunicaciones radicadas el pasado 30 de agosto, teniendo en cuenta que el inmueble se encuentra disponible para su restitución”*.
- La SAE, mediante comunicación CS-2019-030988, de 13 de diciembre de 2019 -no de 2018 como se señala en el acápite de pruebas de la demanda-, dirigida a CENCOSUD⁶¹, alude a las gestiones que está adelantando para dar cumplimiento a la orden judicial -levantamiento de la medida cautelar de embargo y secuestro ordenada por la Fiscalía-, incluida la expedición de la Resolución 1585 de 30 de octubre de 2019 antes reseñada por el Tribunal, para indicar que *“En atención a lo dicho, el pasado lunes 9 de diciembre la Regional Centro Oriente adelantó una visita a los activos objeto de devolución. El informe de la misma refiere que los activos se mantienen ocupados y están en mal estado de mantenimiento”*; y agrega que *“Por todo lo anterior, requerimos que allegue un informe a esta Gerencia en el que indique y explique el estado físico y administrativo actual de los inmuebles referidos en el asunto”*.
- CENCOSUD, según comunicación CE2019-034262, de 24 de diciembre de 2019, dirigida a la SAE⁶², en respuesta a la anterior misiva del 13 de diciembre hace un recuento de las solicitudes que hizo requiriendo indicaciones para la restitución, sin respuesta concreta, por lo que *“debido a la falta de claridad sobre las condiciones de restitución de los inmuebles, nos vimos en la necesidad de ejecutar discrecionalmente el desmantelamiento de nuestro establecimiento de comercio, razón por la cual en su visita del 09 de diciembre éste fue encontrado fuera de operación, con algunos bienes de propiedad de mi representada y los inmuebles en condiciones de estar ejecutando el citado desmantelamiento”*, respecto del cual menciona dificultades adicionales por razón de acontecimientos vinculados a un paro nacional y el cierre de la vía al Llano. Y explícitamente agrega:

“5. Es así como, frente a la falta de respuesta por parte de la SAE a nuestras comunicaciones y solicitudes, en particular sobre indicaciones para la restitución de los inmuebles, por medio de la presente informamos que éstos se encuentran totalmente desocupados y en condiciones generales de funcionamiento como se evidencia en el registro fotográfico adjunto a la presente, haciendo entrega formal de ellos para lo cual adjuntamos a ésta (sic) comunicación las llaves del

⁶⁰ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Contestación de la demanda. Documento denominado: 11. Prueba 14. Comunicación LEG-1694-19.

⁶¹ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas aportadas con traslado EXC y OBJ JE demanda inicial. Documento denominado: 2. Pruebas 1. Folios 46 y 47.

⁶² Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas aportadas OBJ JE demanda reformada. Documento denominado: 4. CE2019-034262.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

mismo. Sobre el particular hacemos énfasis en que a partir de la fecha no somos responsables por la custodia de los inmuebles, puesto que ha cesado nuestra calidad de arrendatarios y tenedores de los mismos”.

En relación con la entrega de las llaves, consta la anotación de que “no se adjuntan por cuanto no las permitieron adjuntar en la oficina de correspondencia de la SAE. Se enviarán por correo certificado”.

A este respecto, obra en el plenario la versión entregada por Karen Paola Rodríguez Morales, funcionaria de CENCOSUD, quien se refirió al episodio de la fallida entrega de las llaves, con especial conocimiento de causa por haber sido protagonista del suceso. En el marco del relato general de los hechos que le fuera requerido por el Tribunal, expresó:

“(…) ¡ah, bueno!, en diciembre del año 2019 yo misma fui a radicar, en vista que no habíamos recibido las instrucciones para la restitución elaboramos una comunicación para hacerlo conforme establece el Código Civil entregando las llaves, yo misma fui a radicar esa comunicación a la SAE el 24 de diciembre casi sobre el medio día y en la ventanilla de radicación de correspondencia no me quisieron recibir las llaves, inicialmente se demoraron unos minutos, después la niña que atendía al público que no, que ella no me podía recibir las llaves, que no estaba permitido, entonces yo le dije que por favor escribiera eso en el documento porque yo no iba a cambiar el documento y ahí estaban relacionada las llaves.

Ella no lo quiso hacer, entonces le dije como no lo hace usted lo hago yo y yo misma puse a mano la nota que no me habían recibido las llaves y que las iba a enviar por correo certificado, el 26 o 27 de diciembre las mandé por correo certificado y esas llaves nos las devolvieron de la SAE con una comunicación más o menos en enero perdón fue esa comunicación y con ocasión de que nos devolvieron las llaves nosotros buscamos una reunión con la SAE.

En esa reunión yo no asistí a esa reunión, pero lo que entiendo de esa reunión es que la conclusión es que nos iban a expedir ahora si el cupón de pago, nos pidieron los valores, se expuso la situación, se acordó cuándo finalmente nos iban a recibir el inmueble, a la citación de entrega del inmueble acudimos, entregamos las llaves, entregamos el inmueble se suscribió un acta y en vista que no nos emitieron los cupones de pago nosotros procedimos a hacer el depósito a través del Banco Agrario, eso es básicamente lo que me consta de las situaciones del contrato”.

- El 8 de febrero de 2020, mediante documento CS2020-002779 dirigido a CENCOSUD⁶³, la SAE, en respuesta a la comunicación anterior, manifiesta su entendimiento en el sentido de que los inmuebles no se consideran

⁶³ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado: Escrito con radicado CS2020-007057 del 10 de marzo de 2020. Folios 208 y 209.

entregados, pues, según su dicho, *“el registro fotográfico de un inmueble no da cuenta de las condiciones generales de funcionamiento”, “así como tampoco corresponde a una entrega el envío de un conjunto de llaves”,* por lo que debía realizarse la entrega real, *“entiéndase material”,* con suscripción del acta correspondiente.

- Con fecha 25 de febrero de 2020 se suscribe, entre SAE y CENCOSUD, el “Acta de recepción y/o entrega de inmuebles”⁶⁴, en la que consta la anotación según la cual *“Se realiza la recepción de las respectivas llaves de los inmueble (sic) desconociendo la cantidad y el funcionamiento de cada una de ellas”.*

En relación con la entrega a que se refiere el Acta citada conviene señalar que la misma se realizó no obstante que en el Local todavía se encontraba un transformador de energía de CENCOSUD, como lo pone de presente esta sociedad en su comunicación CE2020-007057 de 9 de marzo de 2020, y lo indicó en su testimonio Karen Paola Rodríguez Morales, funcionaria de la arrendataria, quien al respecto, preguntada acerca de si *“¿Al día de hoy, a la fecha o con anterioridad ya se logró retirar ese transformador o al día de hoy ya está allá?”*, manifestó: *“No, no, no lo hemos retirado después, cuando nosotros hicimos el acta de entrega quedó pendiente el transformador y cuando hicimos el depósito al Banco Agrario en la comunicación nosotros le dijimos a la SAE (...)”.*

La evidencia documental reseñada permite al Tribunal extraer las apreciaciones y conclusiones que se imponen alrededor del tópico específico de la restitución del Local arrendado, examinada desde la perspectiva de la responsabilidad que se imputa a CENCOSUD, sin entrar en la consideración -porque no le corresponde- de los factores y circunstancias propios de la órbita interna de la SAE, como el volumen de sus operaciones, al que se hicieron algunas referencias durante la actuación:

- Entiende el Tribunal que en el asunto *sub-examine*, la naturaleza del bien arrendado y su destinación, así como la específica condición de quien fungía como arrendador por la particular situación jurídica de los inmuebles, hacían de alguna manera previsible que la restitución derivada de la terminación del Contrato requería alguna preparación y coordinación, quizá no tan usual en el arrendamiento de cosas en general, con virtualidad para tomar un tiempo corto para su implementación; sin embargo, el dato objetivo evidenciado en el proceso es que la aludida restitución tomó varios meses para su realización.
- Es claro para el Tribunal que desde el momento mismo de la terminación del Contrato CENCOSUD manifestó, en forma explícita, en los términos plasmados en su reseñada comunicación de 30 de agosto de 2019, su disposición para efectuar la restitución, y que la SAE, por conducto del depositario provisional de los inmuebles, en septiembre 26 del mismo año le pidió plazo para tramitar lo pertinente. CENCOSUD, en octubre 8 reiteró su

⁶⁴ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado: Acta de Entrega y/o Recepción de inmuebles de fecha 25 de febrero de 2020. Folios 211 al 217.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

manifestación de estar a la espera de las instrucciones para proceder a la referida restitución.

- Ante este panorama fáctico, considera el Tribunal que la no restitución del Local en ese lapso comprendido entre el 1º de septiembre y el 8 de octubre, más unos días adicionales de espera razonable -lapso que el Tribunal estima podría ser alrededor de dos semanas-, no es atribuible a CENCOSUD.
- Sin embargo, no ocurre lo mismo en el tramo temporal inmediatamente siguiente, en el cual, en medio del silencio de la SAE, el plenario no muestra proactividad relevante de la Convocada en el propósito de consumar la restitución, hasta su actuación de 24 de diciembre del mismo año 2019, en la que emite la comunicación dirigida a CENCOSUD informando que los inmuebles se encuentran totalmente desocupados y en condiciones generales de funcionamiento, y acompañando el registro fotográfico correspondiente junto con las llaves del Local.
- En este orden de ideas, en relación con el lapso así identificado, que bien puede delimitarse con una duración del orden de dos meses -conforme a lo dicho, desde la última semana de octubre hasta el 24 de diciembre-, cabe razonablemente atribuir responsabilidad a CENCOSUD en punto a la no restitución de la cosa arrendada, en el entendido que, estima el Tribunal, la imputación aceptada no se extiende más allá del mencionado 24 de diciembre, pues lo cierto es que sea porque se considere que la restitución se entiende realizada en esa fecha -a la luz de lo previsto en el artículo 2006 del Código Civil-, ora porque se entienda que la restitución sólo se produce con la entrega material de que da cuenta el Acta de 25 de febrero de 2020, ese último período -de diciembre 24 a febrero 25 siguiente- no arroja reproche a la conducta de CENCOSUD, que había hecho lo que estaba a su alcance -incluida la fallida entrega de las llaves- para que se lograra el cometido de la restitución⁶⁵.
- En síntesis, a juicio del Tribunal la responsabilidad de CENCOSUD en materia de demora en la restitución de la cosa arrendada se circunscribe a un espectro temporal de 2 meses -desde octubre 24 hasta diciembre 24, según la referenciación de fechas ya efectuada-, que se traduce en el reconocimiento, a título indemnizatorio, del valor equivalente a dos meses del "Canon Mínimo Garantizado" vigente para 2019⁶⁶, vale decir la suma de \$436'780.192⁶⁷.

⁶⁵ Pone de presente el Tribunal que la presencia del transformador de energía de CENCOSUD dentro del Local no era, ni fue, motivo que impidiera la restitución, hasta el punto que, como ya se referenció, el 25 de febrero de 2020 se formalizó mediante Acta la entrega y recibo de los inmuebles, estando todavía el transformador dentro de las instalaciones.

⁶⁶ La utilización del equivalente no desnaturaliza la precisión según la cual para la época en cuestión -octubre 24 a diciembre 24 de 2019- el Contrato ya había terminado, de modo que no se adeudan, propiamente, cánones de arrendamiento de ese lapso, sino el perjuicio causado por la responsabilidad incurrida en relación con la obligación restitutoria, tasado con base en la equivalencia mencionada.

⁶⁷ Se toma como canon mensual vigente para 2019 la suma de \$218'390.096, según lo señalado en el juramento estimatorio efectuado por la SAE en el escrito de subsanación de la demanda.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Conviene anotar que en el marco general de los sucesos vinculados a la terminación del Contrato y la restitución del inmueble, CENCOSUD, mediante la anteriormente citada comunicación CE2020-007057 de 9 de marzo de 2020, remitida a la SAE⁶⁸, en la que hace un recuento de varias consideraciones atinentes a los temas referidos, envió *“el título original del Banco Agrario de Colombia DEPÓSITO DE ARRENDAMIENTOS No. 3208344, por un valor de cuatro mil seiscientos veintiocho millones doscientos diez mil novecientos noventa pesos moneda legal colombiana (COP\$4.628.210.990)”*, valor que, conforme a su dicho, corresponde a cánones de arrendamiento *“desde enero de 2017 hasta agosto de 2019, equivalentes a la suma de seis mil ochocientos ochenta y ocho millones, noventa y siete mil seiscientos cuarenta pesos moneda legal colombiana (\$6.888.097.640)”*.

Sin embargo, advierte CENCOSUD al final de su comunicación que *“Teniendo en cuenta, el incumplimiento contractual acaecido según lo expuesto en el numeral 2 de la presente comunicación, hemos descontado de la cifra antes referida, el valor correspondiente a la penalidad contractualmente pactada, esto es la suma equivalente a 10 cánones de arrendamiento vigentes, dos mil doscientos cincuenta y nueve millones ochocientos ochenta y seis mil seiscientos cincuenta pesos moneda legal colombiana (\$2.259.886.650), razón por la cual el título del Banco Agrario Adjunto tiene un valor de cuatro mil seiscientos veintiocho millones doscientos diez mil novecientos noventa pesos moneda legal colombiana (COP\$4.628.210.990)”*. El incumplimiento prestacional al que se remite, según se lee en el citado numeral 2., está referido, *“en especial”* -reza el texto-, a la obligación *“relacionada con el pago de la cuota extraordinaria de administración aprobada desde el año 2017 y que su incumplimiento causó perjuicios económicos a mi representada”*.

Deberá el Tribunal en el acápite siguiente, al hacer el pronunciamiento específico sobre las pretensiones de la demanda, examinar este tópico particular de la relación negocial, concretamente para establecer la procedencia o no del descuento efectuado, de cara al impacto que tal actuación pudiera tener en materia de pago de cánones de arrendamiento comprendidos dentro de la vigencia del Contrato.

3.8. Pronunciamiento específico sobre las pretensiones planteadas y las excepciones propuestas.

3.8.1. Pronunciamiento sobre las pretensiones.

Corresponde al Tribunal, con base en lo que ha quedado expuesto, y en las consideraciones adicionales que en este acápite se incorporan, hacer expreso pronunciamiento en relación con las pretensiones de la demanda reformada.

⁶⁸ Expediente Digital. Cuaderno de Pruebas, Sub carpeta, Pruebas Virtuales aportadas con la Demanda. Documento denominado: Escrito con radicado CS2020-007057 del 10 de marzo de 2020. Folios 208 y 209.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Recuérdese que el eje central de la reclamación se ubica en las pretensiones primera y segunda, de evidente relación entre si -por lo que tiene sentido y razonabilidad considerarlas en conjunto-, del siguiente tenor:

***“PRIMERA:** Que se declare que **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** en calidad de arrendataria es civil y contractualmente responsable del incumplimiento del Contrato de Arrendamiento de fecha 26 de octubre de 2007, celebrado con **CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S.** (Antes de **Constructora Llano Centro Ltda.**) en calidad de arrendadora como consecuencia de la terminación injustificada y anticipada del negocio jurídico al darlo por terminado invocando el numeral 18.1.2. de la cláusula décima octava del contrato de arrendamiento y entregando el inmueble el día 25 de febrero de 2020.*

***SEGUNDA:** Que en consecuencia de la anterior declaración se condene a **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** al **FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO)** representado, en virtud del artículo 90 de la Ley 17808 de 2014 por la **SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.** la suma de **SIETE MIL NOVECIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$ 7.915'419.717)** por concepto de cláusula penal y lucro cesante resultante de los valores que se relacionan y especifican en el acápite del juramento estimatorio que se incluye dentro de esta demanda.*

Suma de dinero que deberá ser calculada nuevamente para la fecha de ejecutoria del laudo arbitral que la imponga, reconociéndose los intereses comerciales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando quede ejecutoriado el laudo que ponga fin al proceso arbitral”.

El *petitum* así reseñado se estructura en función de la terminación unilateral anticipada del Contrato manifestada por CENCOSUD -que califica como “injustificada y anticipada”- y de la restitución del Local que era objeto del referido Contrato, la que en el sentir de la Convocante ocurrió el 25 de febrero de 2020, originando responsabilidad, hasta esa fecha, en cabeza la Demandada.

Es claro para el Tribunal, que la reclamación comprende los conceptos “de cláusula penal y lucro cesante resultante de los valores que se relacionan y especifican en el acápite del juramento estimatorio que se incluye dentro de esta demanda”, el cual es, entonces, necesario traer a colación para los efectos de apreciar adecuadamente el contenido y alcance de la reclamación.

El juramento estimatorio involucra inicialmente, de manera directa, como reza en su encabezamiento, la reclamación “por el impago de los cánones de arrendamiento causados en el período comprendido entre el primero de enero de 2017 y el 24 de febrero de 2020”. En este frente, después de aludir al valor del canon mensual vigente para cada una de las anualidades en cuestión, identifica la “mensualidades impagas”, así:

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

AÑO	CANON CONSOLIDADO (Sin IVA)
2017	\$ 2.440'111.396
2018	\$ 2.539'911.952
2019	\$ 2.620'681.152
2020	\$ 1.035.212.733
(enero y 17 días de mayo)	
TOTAL (antes de IVA)	\$ 8.635'917.233
IVA	\$ 1.640.824.274
TOTAL (Incluido de IVA)	\$ 10.276.741.507

Adicionalmente, por considerar la SAE que CENCOSUD incurrió en responsabilidad por la terminación anticipada e injustificada, y en mora en el pago de los cánones de arrendamiento, reclama la efectividad de la cláusula penal pactada en la estipulación décimo sexta del Contrato, en cuantía equivalente a *"la sumatoria de diez (10) cánones mensuales vigentes a 2020, lo cual asciende a la cifra de **DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS PESOS (COP \$ 2.266.889.200)**"*.

Aclara la SAE, a continuación, que *"debe tenerse en cuenta, que el 4 de marzo de 2020, a través de un depósito de arrendamiento, **CENCOSUD** consignó a favor de mi representada la cantidad **CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 4.628'210.990)**", por lo que "(...) el valor actual de los cánones impagos por **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** al **FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO** asciende a la suma de **SIETE MIL NOVECIENTOS QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$ 7.915'419.717)**"*.

Rememorado el espectro del petitorio de la demanda instaurada por la SAE, de lo que hasta este momento ha examinado el Tribunal se deriva la orientación decisoria frente a varias de las aristas de la reclamación, a las que es necesario agregar otras asociadas a la misma temática general, para comprender integralmente los puntos que son materia de decisión. En efecto:

- Ha concluido el Tribunal que la terminación unilateral del Contrato, por parte de CENCOSUD, no fue injustificada -como se pregona en la demanda-, pues respondió al legítimo ejercicio de una facultad pactada, válidamente, en el marco del postulado de la autonomía de la voluntad, por razón de la ocurrencia de incumplimiento obligacional en cabeza del arrendador, no remediado dentro de la oportunidad también señalada en la estipulación negocial invocada por la arrendataria (cláusula 18.1.2).
- Estableció el Tribunal, igualmente, que durante la ejecución del Contrato, hasta el momento de su terminación, CENCOSUD no incurrió en mora en la obligación de pago del canon mensual de arrendamiento, considerando lo

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

previsto en materia de exigibilidad de esa obligación en los términos consignados en los numerales 5.4. y 5.5. de la cláusula quinta y en el numeral 11.3. de la cláusula décima primera del Contrato, respecto de todo lo cual se expuso lo pertinente en aparte anterior de esta providencia.

- En lo atinente a la restitución de la cosa arrendada, a juicio del Tribunal corresponde atribuir alguna responsabilidad a CENCOSUD, dentro del marco de la demora que se presentó en ese tópico, pero únicamente por un espacio temporal limitado, que se estima en dos meses calendario conforme a la explicación ya suministrada, lo que origina el reconocimiento por ese concepto, tomando como referente el valor del canon mensual mínimo garantizado para el año de 2019 -\$218'390.096, según muestra el juramento estimatorio-, de la suma de \$436'780.192.
- Es claro para el Tribunal que al momento de la terminación del Contrato, que se hizo efectiva desde principios de septiembre de 2019, si bien es cierto que, como ya se dijo, no había mora de CENCOSUD en relación con la obligación de pago de los cánones de arrendamiento causados desde enero de 2017 hasta agosto de 2019, también lo es que dicha obligación existía y conservaba vigencia, desde luego mientras no hubiese pago o mediara otra causal de extinción -que de hecho no se verificó-, ante lo cual tiene relevancia el hecho indiscutido según el cual CENCOSUD consignó en el Banco Agrario, el 4 de marzo de 2020, a órdenes de la SAE, la suma de \$4.628.210.990, con destino al pago de los cánones adeudados, cuyo monto ascendía -según la liquidación de CENCOSUD- a \$6.888.067.640, bajo su entendimiento unilateral de que la diferencia, en cuantía de \$2.259.886.650, se cubría haciendo efectiva la cláusula penal convenida en la estipulación décima sexta del Contrato, por el valor recién anotado, que descontó al momento de hacer el depósito bancario reseñado.

En este aspecto puntual, pero ciertamente relevante, el Tribunal considera que el descuento efectuado unilateralmente por CENCOSUD deviene jurídicamente improcedente, pues no resulta de recibo haber hecho efectiva una cláusula penal que estaba convenida para hipótesis de incumplimiento de obligaciones *“diferentes de las dinerarias”* (Negrilla fuera de texto), a partir de la alegación del incumplimiento de la obligación de pago de las cuotas extraordinarias de administración del centro comercial del que forman parte los inmuebles arrendados -típica obligación dineraria-, que es la desatención especialmente invocada por la Convocada para efectuar el descuento realizado, lo que a la postre comportó el no pago de los correspondientes cánones de arrendamiento de diez (10) mensualidades, tal como lo señala CENCOSUD en su comunicación CE2020-007057 de 9 de marzo de 2020, reseñada con antelación por el Tribunal.

En consecuencia, procede ordenar en cabeza de CENCOSUD el pago de la suma indebidamente descontada, en cuantía de \$2.259'886.650, que corresponde a cánones de arrendamiento no cancelados efectivamente, concepto comprendido -como ya se vio- en el marco de las pretensiones de la demanda instaurada por la SAE y del juramento estimatorio vinculado a

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

ellas, con independencia de la catalogación jurídica que se haga de dicho concepto, lo que en ningún caso desdice de la determinación del contenido material de la reclamación, la misma que en el asunto *sub-lite* incluye lo relativo al pago completo de los cánones de arrendamiento, afectado por el improcedente descuento realizado. En este sentido, advierte el Tribunal que la demanda utiliza, en la formulación de los reclamos incorporados en las pretensiones, las expresiones “*cláusula penal y lucro cesante*”, con mención, en el ordinal séptimo del capítulo de los hechos, del pacto de la cláusula penal para el caso de incumplimiento de obligaciones diferentes a las dinerarias, y con referencia explícita al punto en el alegato de conclusión en acápite rotulado “*2.2.2. Descuento y compensación de la cláusula penal a pesar de no existir incumplimiento de obligaciones diferente a las dinerarias*”.

De otro lado, el Tribunal estima, de cara a lo planteado en el párrafo final de la pretensión segunda, que no hay lugar al reconocimiento de los “*intereses comerciales*” allí solicitados, que se entiende serían de naturaleza compensatoria⁶⁹, los cuales, como regla general, no se presumen en su causación, la misma que no se aprecia respecto de las obligaciones representadas en las condenas anunciadas.

Señala el Tribunal que ningún pronunciamiento específico corresponde hacer sobre la causación o no del IVA incluido en la discriminación de conceptos contenida en el juramento estimatorio, arista fiscal que se rige por las normas legales de esa estirpe que sean aplicables, en rigor extrañas al ámbito de la responsabilidad contractual que delimita la competencia del Tribunal.

- Por supuesto, como no se configura el incumplimiento pregonado por la SAE en relación con la terminación del Contrato y el no pago (mora) de los cánones de arrendamiento, no tiene lugar, sin que sea necesario entrar en más consideraciones -relativas a la verificación de todos los supuestos previstos en la disposición contractual-, la reclamación de la cláusula penal que en cuantía de \$2.266'889.200 se incorpora en el *petitum* y en la desagregación de conceptos de que da cuenta el juramento estimatorio.

Así las cosas, por vía de síntesis ha de señalarse que de las reclamaciones comprendidas en las pretensiones primera y segunda de la demanda reformada instaurada por FRISCO-SAE, tienen vocación de procedencia, únicamente, las relativas (i) al reconocimiento de \$436'780.192, valor equivalente a dos cánones mensuales vigentes en 2019, por razón de la responsabilidad incurrida en punto a la obligación de restitución del Local, y (ii) al reconocimiento de \$2.266'889.200, correspondiente al valor indebidamente descontado por CENCOSUD al consignar el valor adeudado por concepto de cánones de arrendamiento causados entre enero de 2017 y agosto 2019. En lo demás, han de negarse las referidas pretensiones primera y segunda. Así se declarará.

⁶⁹ Porque a los moratorios se refiere la demanda en pretensión tercera.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

En lo que atañe a la pretensión tercera, en la que se solicita *“Que sobre los montos de las condenas anteriores, se condene al pago de los intereses moratorios a la máxima tasa permitida y causados entre la ejecutoria del laudo arbitral y el pago efectivo de lo ordenado”*, el Tribunal señalará plazo para el pago de las condenas que impondrá, de modo que su vencimiento determinará el momento de su exigibilidad y de la causación de intereses moratorios en caso de no pago.

Sobre la pretensión cuarta, relativa a las costas del proceso, se pronunciará el Tribunal en capítulo posterior.

3.8.2. Pronunciamiento sobre las excepciones.

Compete ahora al Tribunal, también con base en lo que ha quedado expuesto, hacer expreso pronunciamiento en relación con las excepciones formuladas por CENCOSUD en su contestación de la demanda reformada.

Para efectos de hacer dicho pronunciamiento, cabe señalar que el referido medio de defensa -las excepciones- alude a una expresión del derecho de contradicción en cabeza del demandado en virtud del cual se invocan circunstancias fácticas y/o jurídicas con el fin de confrontar las pretensiones del demandante, bien sea para paralizar, impedir, modificar o extinguir los efectos del derecho pretendido⁷⁰. A decir de la Corte Suprema de Justicia, se trata de *“(...) situaciones jurídicas concretas que enerven o desvirtúen total o parcialmente la pretensión...”*⁷¹.

En ese orden de ideas, resulta pertinente tener en cuenta, desde la óptica del tratamiento procesal de la cuestión, que cuando el juez de la causa está en presencia de un escenario en el que no tienen verificación los supuestos sustantivos y/o probatorios requeridos para la prosperidad de las pretensiones, en estricto rigor no hay lugar a la consideración individual de los medios exceptivos propuestos, respecto de los cuales basta, simplemente, un pronunciamiento de ese talante. En otras palabras, en el entender del Tribunal, cuando en la estructuración de la defensa el demandado plantea a manera de excepción lo que, en rigor, corresponde a la oposición o negación misma de la pretensión, y ésta no tiene vocación de éxito, es la negación o desestimación del petitorio lo que realmente prevalece, sin que haya lugar a declarar la prosperidad del medio exceptivo propuesto, el mismo que, en consecuencia, en el sentido anotado no requiere consideración ni pronunciamiento particular, lo cual, con la modulación correspondiente, se aplica en la hipótesis en la que se propone como defensa un planteamiento que no es propiamente una excepción, sino una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, como es el caso de la falta de legitimación en la causa.

⁷⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso, Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, 1994, p. 246 y 250.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC 2642-2015, Radicación n° 11001-31-03-030-1993-05281-01.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

En la anotada dirección, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de junio de 2001, expresó:

“La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido ‘y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen’.
(Negritas fuera de texto).

En este proceso, la Demandada propuso como excepciones de mérito las siguientes: “1. Falta de legitimación en la causa”; “2. Inexistencia de incumplimiento de CENCOSUD”, desarrollada alegando que “2.1. La terminación del contrato fue justificada en los términos del Contrato y de la ley” y que “2.2. SAE ni el depositario provisional informaron a CENCOSUD la forma ni la fecha en que recibirían los inmuebles. Cualquier demora en la entrega es imputable exclusivamente a SAE”; “3. Inexistencia de cláusula penal a favor de la convocante”; y “4. Inexistencia de saldos a favor de SAE. Inexistencia de lucro cesante”.

Las consideraciones expuestas a lo largo de la providencia permiten al Tribunal asumir posición frente a los medios defensivos propuestos, así:

- En relación con la “1. Falta de legitimación en la causa”, abstracción hecha de que, como en su momento se indicó, no se está en presencia propiamente de una excepción, en cuanto, conforme se puntualizó en la jurisprudencia reseñada con anterioridad, *“constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado”*, el Tribunal se ocupó de examinar en lo material el planteamiento

formulado por CENCOSUD, concluyendo que tal carencia no se configura en el asunto *sub-examine*. En consecuencia, el planteamiento propuesto, abstracción hecha de la naturaleza jurídica que se le otorgue, se ha de desestimar.

- La alegación de “2. Inexistencia de incumplimiento de CENCOSUD” constituye, en rigor, la negación de las pretensiones de responsabilidad contractual imputadas en la demanda, las cuales, según ya se indicó, tienen prosperidad parcial, por lo que la defensa propuesta, considerada panorámicamente, se ha de desestimar, sin perjuicio de señalar que no se abre paso la petición de la demanda relativa a la declaración de terminación injustificada del Contrato, por lo que en ese tópico específico, como en los otros reclamos de incumplimientos que no prosperan, de conformidad con las directrices procesales trazadas no se requiere pronunciamiento material por la vía de la excepción. Vista en conjunto, según lo puntualizado, el medio exceptivo formulado -reitérase- se desestimar.
- La “3. Inexistencia de cláusula penal a favor de la convocante” se erige, nuevamente, como un argumento orientado a negar la configuración del derecho reclamado en la demanda, que no constituye propiamente una excepción, por lo que no requiere consideración ni pronunciamiento particular de fondo, siguiendo la pauta procesal identificada al inicio del presente acápite. En ese sentido y bajo esa puntual consideración, se desestimar.
- Respecto de la invocación de “4. Inexistencia de saldos a favor de SAE. Inexistencia de lucro cesante”, con independencia de la consideración del planteamiento más en el ámbito de la negación del derecho sustancial reclamado que en el de las excepciones propiamente tales, el Tribunal advierte que como, de todos modos, habrá reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de CENCOSUD y a favor de la SAE, el planteamiento se debe desestimar.

3.9. Otros pronunciamientos del Tribunal.

3.9.1. La conducta procesal de las partes.

Frente a la conducta procesal de las partes, el primer inciso del artículo 280 del C.G.P., referente del contenido que deben tener las sentencias -laudo, en este caso-, dispone que *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”*.

Para los fines de esta disposición, el Tribunal advierte que a lo largo del presente trámite las partes y sus respectivos apoderados desplegaron, en toda su extensión, una conducta procesal por completo adecuada, sin que haya lugar a reproche de ninguna naturaleza, motivo por el cual no tiene cabida la deducción de indicios en contra de ninguna de ellas.

3.9.2. El juramento estimatorio.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

La Ley 1563 de 2012 prevé para la iniciación del trámite arbitral que la demanda cumpla con los requisitos de admisión establecidos en el Código General del Proceso, el cual, en el numeral 7º del artículo 82, estipula que ella debe contener *“El juramento estimatorio, cuando sea necesario”*.

Por su lado, el juramento estimatorio está regulado en el artículo 206 del Código General del Proceso, cuyo tenor, con la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, es el siguiente:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”⁷².

De esta manera, la regulación procesal le otorga múltiples funciones: (i) como requisito formal de la demanda; (ii) como medio de prueba y (iii) como mecanismo sancionatorio.

Como requisito de la demanda, fue considerado en la calificación de admisibilidad de la misma, agotada en la etapa procesal correspondiente; como medio de prueba, tiene ese carácter en cuanto sirve para demostrar el monto o cuantía de la reclamación económica que se formula cuando, incorporado a la demanda como requisito que es según lo dicho, no es objetado por la parte contraria en el término de traslado⁷³; y como mecanismo sancionatorio, escenario que interesa en este acápite del Laudo, el precepto en cuestión trae distintos supuestos para la aplicación de las consecuencias de ese talante que allí se consagran, en términos que resulta conveniente comentar.

En efecto, el inciso cuarto del artículo 206 consagra una sanción para el caso de sobreestimación de la cuantía que se reclama, en el entendido que se considerará que ello ocurre cuando la cantidad jurada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada en el proceso. Y el inciso primero del párrafo del mismo artículo en comento prevé la sanción para el caso en el cual la pretensión no prospere por falta de demostración de los perjuicios, evento en el cual dicha sanción será del 5% *“del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”*, con la advertencia explícita en el inciso siguiente de que *“La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*.

Del contenido normativo así reseñado se puede entonces concluir que cuando la decisión de la controversia absuelva al demandado, aún completamente, por circunstancias distintas a las mencionadas, como, por ejemplo, por la inexistencia del derecho reclamado -y de la correlativa obligación-, sin mediar actuar negligente o temerario del demandante, no habrá lugar a sanción, al no configurarse ninguna de las hipótesis contenidas para el efecto en el mencionado artículo 206 del CGP. Con mayor razón, ello aplica cuando la desestimación de las pretensiones es parcial.

En este orden de ideas, descendiendo al asunto *sub-lite*, se ha anunciado la prosperidad parcial de las pretensiones económicas incoadas en la demanda

⁷² El segundo inciso del párrafo recoge lo que en su momento había expresado la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional en relación con el texto del inciso primero del mismo aparte, en el que se agotaba el contenido de la versión inicial del artículo 206 del CGP.

⁷³ En este proceso, CENCOSUD objetó el juramento estimatorio efectuado por la SAE.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

instaurada por FRISCO-SAE, y la desestimación de otros componentes de tales pretensiones, por las razones expresadas a espacio respecto de unas y otras, sin que tenga lugar una calificación de actuar negligente o temerario de la Convocante –ni de la Convocada, desde luego-, de modo que no procede la imposición de la sanción a que se refiere la reseñada ley procesal.

IV. COSTAS.

En lo que tiene que ver con las costas, el artículo 365 del Código General del Proceso prevé que en los trámites en que haya controversia, en esta materia se aplicarán las siguientes reglas:

- "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...).*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- (...)*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
- (...)*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".*

En el presente caso, considerando el conjunto decisorio anunciado por el Tribunal, que refleja, de un lado, la prosperidad parcial de las pretensiones incoadas en la demanda, y del otro, el resultado desestimatorio -por distintas razones- de las excepciones formuladas, resulta razonable optar por el escenario de no condena en costas a ninguna de las partes, autorizado en la reseña normativa recién efectuada. Así se dirá en el acápite resolutivo de esta providencia.

V. PARTE RESOLUTIVA.

En mérito de los antecedentes y consideraciones antes expuestos, el Tribunal Arbitral instalado para decidir en derecho las diferencias surgidas entre el FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO) REPRESENTADO POR LA SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S - SAE S.A.S., de una parte, y la sociedad CENCOSUD COLOMBIA S.A., de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: En relación con las pretensiones primera y segunda de la demanda:

- 1.1. Declarar que CENCOSUD COLOMBIA S.A., en calidad de arrendataria, es civil y contractualmente responsable del incumplimiento del Contrato de Arrendamiento de fecha 26 de octubre de 2007, celebrado inicialmente con CONSTRUCTORA LLANO CENTRO S.A.S. (Antes de Constructora

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Llano Centro Ltda.) en calidad de arrendadora, en cuanto a la entrega o restitución de la cosa arrendada, constituida por los locales comerciales descritos en dicho contrato, únicamente en los términos y con el alcance señalados en la parte motiva.

- 1.2. Declarar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, que CENCOSUD COLOMBIA S.A. debe pagar a la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. (SAE), en su calidad de administradora o representante del FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO), como consecuencia de la demora incurrida en la restitución, la suma de cuatrocientos treinta y seis millones setecientos ochenta mil ciento noventa y dos pesos moneda legal colombiana (\$436'780.192).
- 1.3. Declarar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, que CENCOSUD COLOMBIA S.A. debe pagar a la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. -SAE S.A.S.-, en su calidad de administradora o representante del FONDO PARA LA REHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO), como consecuencia del improcedente descuento efectuado a título de cláusula penal, la suma de dos mil doscientos cincuenta y nueve millones ochocientos ochenta y seis mil seiscientos cincuenta pesos moneda legal colombiana (\$2.259'886.650).
- 1.4. Negar, en todo lo demás, las referidas pretensiones primera y segunda.

SEGUNDO: En relación con la pretensión tercera de la demanda, conceder a CENCOSUD COLOMBIA S.A. un plazo de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo, para el pago de las condenas impuestas en el anterior ordinal primero de esta parte resolutive. En caso de mora, se causarán los intereses comerciales moratorios correspondientes, a la máxima tasa legalmente permitida, hasta que se haga el pago efectivo de lo ordenado.

TERCERO: Desestimar, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva, todas las excepciones de mérito formuladas por CENCOSUD COLOMBIA S.A. en la contestación de la demanda.

CUARTO: En relación con la pretensión cuarta, declarar que no hay condena en costas, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

QUINTO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la deducción para el pago de la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016-. Cada una de las Partes expedirá los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y devolverá el saldo, si lo hubiere.

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

SEXTO: Disponer que por Secretaría se expidan copias de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las Partes.

SÉPTIMO: Disponer que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El presente Laudo queda notificado en Audiencia.



JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ
Árbitro Presidente



MAURICIO RICARDO CHAVES FARIAS
Árbitro



HERNANDO ANDRÉS OTERO GARZÓN
Árbitro



VERÓNICA ROMERO CHACÍN
Secretaría

Tabla de contenido

I. ANTECEDENTES	1
1.1. El trámite.....	1
1.1.1. Partes procesales.	1
1.1.2. El contrato.....	2
1.1.3. La cláusula compromisoria.....	2
1.1.4. La convocatoria del Tribunal.	3
1.1.5. La integración del Tribunal.	3
1.1.6. Instalación.....	3
1.1.7. Admisión de la demanda.	4
1.1.8. Contestación de la demanda, objeción al juramento estimatorio, excepciones y traslado de las mismas.	4
1.1.9. Reforma de la demanda.....	4
1.1.10. Contestación reforma de la demanda objeción al juramento estimatorio, excepciones y traslado de las mismas.	5
1.1.11. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios y gastos del proceso.	5
1.1.12. Primera Audiencia de Trámite.	5
1.1.13. Audiencias.	5
1.1.14. El expediente.	5
II. SÍNTESIS DEL PROCESO	6
2.1. La demanda.	6
2.1.1. Hechos.	6
2.1.2. Pretensiones.....	6
2.1.3. Juramento estimatorio.	6
2.2. La contestación de la demanda.....	6
2.3. La demanda reformada.	7
2.3.1. Las pretensiones de la demanda reformada.	7
2.3.2. Hechos planteados en la demanda reformada.....	8
2.3.3. Juramento estimatorio.	14
2.4. Contestación de la demanda reformada.	16
2.4.1. En cuanto a las pretensiones.....	16
2.4.2. En cuanto a las excepciones.	18
2.4.3. En cuanto al juramento estimatorio.....	18
2.5. Pruebas decretadas y practicadas.....	19
2.5.1. Pruebas documentales.	19
2.5.2. Interrogatorio y declaración de parte.....	19
2.5.3. Testimonios.	20
2.5.4. Cierre de la etapa probatoria.	20
2.6. Alegatos de conclusión.	20
2.7. Intervención del Ministerio Público.....	21
III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	21
3.1. Presupuestos Procesales.....	21
3.1.1. Demanda en forma.	21
3.1.2. Capacidad.....	21
3.1.3. Competencia.....	22
3.1.4. Término para fallar.....	23
3.2. Aspectos conceptuales generales sobre la responsabilidad civil contractual.....	23
3.3. El contrato de arrendamiento sobre el que versa el litigio arbitral.	29
3.4. La legitimación en la causa por activa.	32
3.5. Marco legal general del contrato de arrendamiento de local comercial y su régimen de terminación.	42
3.6. Lo probado en el proceso en materia de terminación del contrato. Conclusiones sobre el incumplimiento imputado en la demanda por la terminación unilateral del Contrato.....	45

VS

CENCOSUD COLOMBIA S.A.

3.7.	Lo probado en el proceso en materia de restitución del inmueble arrendado. Conclusiones sobre el incumplimiento imputado en esa materia..	48
3.8.	Pronunciamiento específico sobre las pretensiones planteadas y las excepciones propuestas.....	53
3.8.1.	Pronunciamiento sobre las pretensiones.	53
3.8.2.	Pronunciamiento sobre las excepciones.	58
3.9.	Otros pronunciamientos del Tribunal.....	60
3.9.1.	La conducta procesal de las partes.....	60
3.9.2.	El juramento estimatorio.	60
IV.	COSTAS.....	63
V.	PORTE RESOLUTIVA.....	63